# Fremdwirkung bei rechtsgeschäftlichem Handeln ohne gemeinsames Vorliegen der beiden Voraussetzungen des § 164, I, 1 BGB

Ein Beitrag zur Stellvertretungslehre

**Inaugural-Dissertation**

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von

WOLFGANG SPAKLER
Gerichtsreferendar aus Erfurt

Marburg 1932

Druck: Doktordruck — Graphisches Institut Paul Funk,
Berlin SW 68, Friedrichstr. 231.

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 22. Februar 1932.

Berichterstatter: Prof. Dr. Erich Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater

# Inhaltsverzeichnis.


| | | Seite |
|---|---|---|
| | **A. Einleitung:** | |
| § 1 | I. Begriff der Stellvertretung . . . . . | 9 |
| § 2 | II. Aufgabe . . . . . | 11 |
| | **B. Erster Teil:** | |
| | Fremdwirkung trotz nur scheinbar zustehender Vertretungsmacht. | |
| § 3 | 1. Vollmacht und Scheinvollmacht. Rechtsschein . . . . . | 13 |
| § 4 | 2. Umfang der Pflicht des Dritten, das Vorliegen von Vollmacht zu prüfen . . . . . | 18 |
| § 5 | 3. Schutzwürdigkeit des Dritten . . . . . | 20 |
| § 6 | 4. Verschulden des Haftenden nicht erforderlich. Veranlaslung des Rechtsscheins genügt . . . . . | 22 |
| § 7 | 5. Umfang der Scheinvollmacht . . . . . | 27 |
| § 8 | 6. Kein allgemeines Prinzip des Schutzes des guten Glaubens | 28 |
| | **C. Zweiter Teil:** | |
| | Fremdwirkung trotz fehlender Erkennbarkeit zustehender Vertretungsmacht. | |
| § 9 | 1. § 164 Abs. 2 BGB. Inhalt und Zweck der Vorschrift . . . | 30 |
| § 10 | 2. Keine obligatorische Haftung des Vertretenen neben dem verdeckten Stellvertreter . . . . . | 32 |
| § 11 | 3. Ueber die Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze beim dinglichen Erwerb: . . . . . | 33 |
| | a) Keine Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze beim Besitzerwerb. Fremdwirkung durch die §§ 855, 868 BGB | 36 |
| | b) Anwendbarkeit der Stellvertretungsgrundsätze in bezug auf die Einigung des § 929 BGB . . . . . | 39 |
| § 12 | 4. Keine Anwendbarkeit des § 164 Abs. 2 BGB beim Eigentumserwerb in den Regelfällen der traditio in incertam personam . . . . . | 40 |
| § 13 | 5. Kein allgemeines Surrogationsprinzip im BGB . . . . . | 50 |
| | **D. Schluß:** | |
| § 14 | Ist eine Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Fremdwirkung bei rechtsgeschäftlichem Handeln für Andere notwendig? . . . . . | 54 |

# Literaturverzeichnis.


Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. Iherings Jahrbücher Bd. 48 S. 101 ff.

Beer, Georg: Das antizipierte Besitzkonstitut. Diss. Greifswald 1915.

Betz, Karl: Das Betriebsvermögen als Sondergut. Mit einem Beitrag zur Lehre von der Surrogation. Diss. Tübingen 1924.

Biermann: Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht in: Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dernburg. Berlin 1900.

— Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1914.

Brach: Zu § 164 Abs. 2 im Recht 1901 S. 558.

Bremer: Beitrag zur Lehre von demBesitzerwerb durch Stellvertreter in: Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 20 S. 25 ff.

Bruck, Ernst: Die Einigung im Sachenrecht des BGB. Berlin 1900.

Brülle, Oskar: Der Rechtsschein bei den gesetzlichen Vollmachten des Privatrechts. Diss. Breslau 1916.

Bruns, Viktor: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Diss. Tübingen 1910.

Bührig, Wilhelm: Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch Stellvertretung. Diss. Leipzig 1907.

Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten. Bd. III, 6. Aufl. 1928.

Cohn, Ernst: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung. Marburg 1931.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 5. Aufl.

Crome: System des bürgerlichen Rechts. Bd. 3 1905.

David: Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertreterwillens im Recht 1901 S. 506.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1 3. Aufl. 1930.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2 1904.

Eger, Otto: Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen. Diss. Gießen 1900.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 8./9. Aufl. 1905.

Engel, Arthur: Eigentums- und Besitzerwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Breslau 1926.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 30.—34. Aufl. Marburg 1928.

Fuchs, Willy: Stellvertretung beim Besitzerwerb. Diss. Marburg 1920.

Goldberger, Josef: Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten nach BGB. Diss. Heidelberg 1908.

Gotthilf, Martin: Besitz- und Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch einen unbeauftragten Geschäftsführer. Diss. Breslau 1918.

Goetz, Hans: Eigentumserwerb des Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung. Diss. Breslau 1917.

Hachenburg, Max: Vorträge, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1910.

Hay, Edward: Besitz- und Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stillen Stellvertreter. Diss. Göttingen 1922.

Heck, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.

Hellmann, Friedrich: Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882.

Hempel, Herbert: Eigentumsübergang beweglicher Sachen nach § 929 Satz 1 BGB bei offener und bei stiller Vertretung. Diss. Breslau 1927.

Hoffmann, Jens: Die Vertretungsmacht des Handlungsagenten. Diss. Leipzig 1928.

Holz: Fortwirken einer erloschenen Vollmacht mit besonderer Berücksichtigung des neuen bürgerlichen Rechts. Diss. Rostock 1901.

Hupka, Josef: Die Vollmacht. Leipzig 1900.

Hupka, Josef: Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig 1903.

Ihering: Unsere Aufgabe und Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in: Iherings Jahrbücher Bd. 1 S. 1 ff. u. 273 ff., Bd. 2 S. 67 ff.

Isay: Geschäftsführung nach dem BGB in: Fischers Abh. Bd. 6 H. 1 1900.

Jung, Erich: Bürgerliches Recht bei Stammler, Das gesamte deutsche Recht. Berlin 1931.

— Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens III: Anweisung und Vollmacht in: Iherings Jahrbücher Bd. 69 S. 82 ff.

— Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf in: Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 47 S. 183 ff.

— Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts in: Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dernburg. Berlin 1900.

v. Kupsch, Hans-Karl: Die Stellvertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen. Diss. Greifswald 1928.

Langen: Eigentumserwerb und Verlust beim Kommissionsgeschäft. Habilitationsschrift Marburg 1900.

Lenel: Stellvertretung und Vollmacht in: Iherings Jahrbücher Bd. 36 S. 1 ff.

Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Locher, Eugen: Handels-, Wechsel- und Seerecht bei: Stammler, Das gesamte Deutsche Recht. Berlin 1931.

Manigk, Alfred: Willenserklärungen und Willensgeschäft. 1907.

— Interessenjurisprudenz. In Handwörterbuch der Rechtswissenschaften. Berlin und Leipzig 1928. Bd. III S. 309 ff.

— Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.

— Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht. In Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 62, Bd. II, S. 590 ff.

Mattstedt, Paul: Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Göttingen 1927.

Meyer, Hans Heinrich: Die Scheinvollmacht im System der Lehre von der Vertretungsmacht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Göttingen 1926.

Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht in: Fischers Abh. Bd. 18 H. 2. München 1909.

Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung. 1885.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. u. 3. Aufl. Tübingen 1928.
— Gefährdungshaftung und Gefahrtragung in: Ziv.A. 109, 1.
Naendrup, Hubert: Rechtsscheinforschung. Heft 1: Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinforschung. Münster 1910.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1927.
Planck: Kommentar zum BGB. 5. Aufl. 1913.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Rosenberg: Das Sachenrecht I, 1. München 1919.
— Stellvertretung im Prozeß. 1908.
Rosenstock: Der Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Breslau 1917.
Rümelin: Das Handeln im fremden Namen im bürgerlichen Gesetzbuch in: Arch. für die Ziv.Prax. Bd. 93 S. 131 ff.
Sauer, Richard: Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch vollmachtlose Stellvertretung. Diss. Breslau 1926.
Schindler, Fritz: Der Besitzerwerb durch Stellvertreter. Diss. Breslau 1926.
Schlossmann, Siegmund: Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Bd. 1: Kritik der herrschenden Lehren, Leipzig 1900. Bd. 2: Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung, Leipzig 1902.
Schmidt-Rimpler: Der Handlungsagent in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Leipzig 1926.
Seeba, Otto: Kann ein im eigenen Namen auftretender Stellvertreter unmittelbar mit der Uebergabe der tradierten Sache an ihn für den Vertretenen Besitz und Eigentum erwerben? Diss. Greifswald 1905.
v. Seeler, W.: Vollmacht und Scheinvollmacht in: Arch.Bürg.Recht Bd. 28 S. 1 ff.
Spindler, Paul: Die dingliche Surrogation beim Gesellschaftsvermögen, im Familien- und Erbrecht nach dem BGB. Diss. Straßburg 1914.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1 u. 3 Berlin und Leipzig 1926.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. 1 1925, Bd. 3 1926.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in: Iherings Jahrbücher Bd. 38.
Titze: Das kaufmännische Hilfspersonal in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1918.
Trendelenburg, Ernst: Der Besitzerwerb durch Stellvertreter nach gemeinem Recht und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Diss. Greifswald 1904.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1910.
Wagner, Franz: Der Eigentumserwerb durch den mittelbaren Stellvertreter. Diss. Rostock 1914.
Walterscheid, Joseph: Ueber den Vollmachtsrechtsschein im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Köln 1924.

Weilinger, Bruno: Besitz- und Eigentumserwerb bei indirekter Stellvertretung nach gemeinem Recht und § 164 Abs. 2 des BGB. Diss. Heidelberg 1908.

Wellspacher, Moritz: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte. Wien 1906.

Wilcke: Eigentumserwerb durch mittelbare Stellvertretung. Diss. Greifswald 1907.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl.

Windscheid, Werner: Ueber das Sondervermögen. Diss. Hamburg 1927.

Wolff, Martin: Das Sachenrecht in: Enneccerus — Kipp — Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 1. Marburg 1927.

Zimmer, Gustav: Die sog. stille Vertretung beim Fahrniserwerbe nach § 929 Satz 1 BGB. Diss. Leipzig 1911.

# Einleitung.

## Begriff der Stellvertretung und Aufgabe.

### § 1.

### Begriff der Stellvertretung.

Außerhalb der juristischen Terminologie erscheinen die Begriffe „Vertretung", „Stellvertretung", „vertreten" in mannigfacher Beziehung. Der Abgeordnete „vertritt" seine Partei, der Redner seine Meinung; ein Angestellter versieht Verrichtungen „in Vertretung" des beurlaubten, mit der betreffenden Funktion sonst Betrauten; eine Ware „vertritt" eine andere gleichwertige. Man spricht vom Papst als „Stellvertreter" Gottes auf Erden und läßt den Vormund Vaterstelle „vertreten" für das unmündige Kind. Fragen wir uns nun, was in allen diesen Fällen als gemeinsame Voraussetzung des einheitlichen Sprachgebrauchs anzusehen ist, so erkennen wir ohne weiteres: überall handelt es sich um ein „Vertreten" in dem Sinne, daß an die Stelle eines Menschen oder eines Gegenstandes eine andere Person oder ein anderer Gegenstand gesetzt wird. Das eine „vertritt" das andere. Die Wirkungen, die von dem einen ausgehen, gehen infolge des Vertretungsvorganges von dem anderen aus, und andererseits treffen die Beziehungen, die sonst auf das eine einwirkten, infolge der Vertretungslage das andere.

Die Sprache des Rechts muß notwendig Begriffe präzisieren. Der sprachliche Gehalt einer Rechtsregel, an die sich bestimmte Rechtsfolgen knüpfen, muß eindeutig feststehen. Unter „Stellvertretung" im Rechtssinne verstehen wir, daß „rechtsgeschäftliche Erklärungen eines Rechtsträgers unmittelbar für und gegen den Rechtskreis eines anderen wirken, den Erklärenden selbst aber für dessen Rechtskreis nicht verpflichten"[1]). Zweierlei gehört also zum Begriff der Stellvertretung: eine positive Wirkung insofern, als das rechtsgeschäftliche Handeln des einen in bezug auf Berechtigungen und Verpflichtungen einen anderen treffen, und eine negative Wirkung dahingehend, daß der Vertreter, der Handelnde selbst von den Folgen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärungen nicht betroffen wird.

Die Notwendigkeit, rechtsgeschäftliche Wirkungen nicht nur durch eigene, sondern auch durch fremde Erklärungen für sich herbeizuführen, war nicht zu allen Zeiten und bei allen Völkern dieselbe. Sie war bedingt durch die Erfordernisse von Wirtschaft und

[1]) Jung, Bürgerliches Recht, § 75 S. 656.

Verkehr, die verschieden sind je nach dem Grad fortschreitender Entwicklung von Handel und Wandel.

Dem römischen Recht war ursprünglich der Gedanke der Stellvertretung fremd. Nur für den eigenen Rechtskreis gab der Rechtsgenosse Erklärungen ab, nur für sich und nicht für andere konnte der Freie erwerben. „Per liberam personam nobis adquiri nihil potest". Doch konnte sich allmählich das römische Recht dem Bedürfnis nach Stellvertretung nicht verschließen. In einigen Fällen finden wir daher den erwähnten Grundsatz durchbrochen, insbesondere beim Besitzerwerb. Ausnahmsweise, besonders im See- und Handelsrecht, finden wir außerdem die Möglichkeit, aus den Geschäften des Gewaltunterworfenen unmittelbar gegen den Gewalthaber zu klagen. So haftete z. B. dem Dritten neben seinem Kontrahenten, dem Kapitän, auch der Reeder. Zu beachten ist jedoch hier, daß in diesen Fällen keine Stellvertretung in dem von uns gebrauchten Sinne vorliegt insofern, als das negative Begriffserfordernis, der Ausschluß der Wirkung im Rechtskreis des Handelnden hier fehlt. Kapitän und Reeder haften nebeneinander, nicht allein der Reeder[2]).

Grundsätzliche Billigung fand die Stellvertretung erst in der Praxis des gemeinen Rechts[3]). Sedes materiae im geltenden Recht sind die §§ 164 ff BGB. § 164 Abs. 1 bestimmt, daß eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Die hiernach erzielte Wirkung ist von Jung[4]) treffend „Fremdwirkung" genannt worden im Gegensatz zur Eigenwirkung, die ohne Stellvertretungsvoraussetzungen für und gegen den Erklärenden eintritt. Eine doppelte Voraussetzung hat demnach die Fremdwirkung nach § 164 Abs. 1 BGB: erstens muß der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handeln, und zweitens ist es erforderlich, daß der Vertreter nach außen hin im Namen des Vertretenen auftritt. Die letztere Voraussetzung wird im Schrifttum nach F. Leonhard[5]) regelmäßig mit „Offenheitsprinzip" bezeichnet. Die Fälle eintretender Fremdwirkung sind die der sog. direkten oder unmittelbaren Stellvertretung. Dagegen spricht man von indirekter oder mittelbarer Stellvertretung[6]), wenn in der Person des Vertreters, dem zwar Vertretungsmacht zusteht, der aber den Dritten nicht erkennen läßt, daß für den Vertretenen gehandelt wird, Eigenwirkung eintritt nach der Vorschrift des § 164 Abs. 2 BGB, die besagt: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu

[2]) Jung, Bürgerliches Recht, § 75 S. 656.
[3]) Vgl. Fuchs a. a. O. S. 5.
[4]) Jung, Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch . . . S. 90.
[5]) A. a. O. S. 2.
[6]) Vgl. statt aller Enneccerus a. a. O. § 167 S. 449 ff.

handeln, nicht in Betracht". Mit Recht ist gegen diese Terminologie eingewandt worden, daß der Fall des § 164 Abs. 2 mit dem Begriff der Stellvertretung unvereinbar sei, da keine Fremdwirkung, sondern Eigenwirkung eintrete[7]). Besser spricht man mit Ihering und F. Leonhard[8]) von „Ersatzmann", statt den einen Widerspruch in sich bildenden Begriff des „indirekten Stellvertreters" zu gebrauchen.

## § 2.

### Aufgabe.

Regelmäßig tritt nach § 164 Abs. 1 BGB Fremdwirkung nur unter der in § 1 dieser Arbeit bereits genannten doppelten Voraussetzung ein, daß der Vertreter im Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht u n d im Namen des Vertretenen handelt. Die vorliegende Arbeit stellt sich die Aufgabe, zu untersuchen, inwieweit trotz Fehlens der einen oder der anderen Voraussetzung Fremdwirkung eintritt. Die Fragestellung lautet also einerseits: wann wirken rechtsgeschäftliche Erklärungen eines Vertreters, dem keine Vertretungsmacht zusteht, der aber im Namen eines Anderen handelt, für und gegen den Vertretenen, und andererseits: wann tritt Fremdwirkung ein, wenn ein Vertreter, dem im Sinne von § 164 Abs. 1 BGB Vertretungsmacht zusteht, dem Dritten nicht erkennbar für den Vertretenen handelt.

Der hier gebrauchte Begriff der dem Vertreter „zustehenden Vertretungsmacht" ist folgendermaßen zu verstehen. Der Wortbestandteil „Macht" weist auf ein rechtliches „Können" hin im Gegensatz zu einem „Dürfen", das dem Begriff „Befugnis" wesentlich ist. Vertretungsmacht besitzen heißt demnach vertreten können, die Macht besitzen, rechtliche Wirkungen für und gegen einen Anderen hervorrufen zu können. Richtig hat man deshalb vielfach im Schrifttum die Vertretungsmacht als eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit bezeichnet[9]). Stünde das Wort Vertretungsmacht allein im § 164 Abs. 1 BGB oder in der Verbindung „innerhalb der für ihn bestehenden" anstatt „der ihm zustehenden" Vertretungsmacht, so könnte man keine Bedenken haben, die Vertretungsmacht im Sinne des § 164 Abs. 1 lediglich als ein rechtliches Können ohne Rücksicht auf die dem Vertretenen im Innenverhältnis gegenüber vorhandenen Recht oder Befugnisse zu bezeichnen. Aber das Wort „zustehende" weist darauf hin, daß der Gesetzgeber das Moment des „Dürfens", der Befugnis zu vertreten in die Voraussetzungen der Fremdwirkung hineintragen wollte. Es wäre falsch, diesen Ausführungen etwa mit dem Einwand zu begegnen, es läge eine Verwechslung zwischen

---

[7]) Fuchs a. a. O. S. 5.
[8]) A. a. O. S. 5.
[9]) v. Tuhr a. a. O. S. 165; Biermann, Zur Lehre von der Vertretung... S. 109; Hoffmann a. a. O. S. 16; Hans Heinrich Meyer a. a. O. S. 1.

Innenverhältnis und Außenverhältnis vor. Hiermit hat die von uns behandelte Frage nichts gemein. Keineswegs soll hier die seit dem berühmten Aufsatz Labands[10]) unstreitig gebliebene Tatsache berührt werden, daß zwischen der Vollmacht und den im Innenverhältnis vorliegenden Beziehungen scharf geschieden werden muß. Hier handelt es sich nur darum, daß bei der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen eine Beziehung vorliegen muß, die dem rechtlichen K ö n n e n der Vertretungsmacht den zweiten Faktor des D ü r f e n s beifügt, und daß dies der Gesetzgeber mit dem dem Worte Vertretungsmacht im § 164 Abs. 1 vorstehenden Adjektivum „zustehend" zum Ausdruck gebracht hat[11]).

Zur Abgrenzung der Aufgabe sei abschließend erwähnt, daß die Fälle der §§ 170 ff. BGB, in denen ebenfalls Fremdwirkung eintritt, trotzdem dem Vertreter keine Vertretungsmacht mehr zusteht, hier nicht behandelt werden[12]). Die Arbeit untersucht lediglich die grundsätzliche Frage, wann ohne das Vorliegen beider Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 BGB rechtsgeschäftliche Erklärungen für und gegen den Vertretenen wirken.

---

[10]) Laband in Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 10 S. 203 ff.

[11]) Die Begriffe „Vertretungsmacht" und „Vertretungsbefugnis" werden im übrigen vom Gesetzgeber nicht ganz scharf auseinandergehalten, was die Fassung des § 173 BGB beweist, in der dem Sinne nach an Stelle des Wortes „Vertretungsmacht" der Begriff „Vertretungsbefugnis" hätte Verwendung finden müssen.

[12]) Vgl. hierüber Hans Heinrich Meyer a. a. O. S. 23 ff.; Walterscheid a. a. O. S. 4.

# Erster Teil.

## Fremdwirkung trotz nur scheinbar zustehender Vertretungsmacht.

### § 3.

Vollmacht und Scheinvollmacht. Rechtsschein.

In diesem und den folgenden Paragraphen soll untersucht werden, wann trotz Fehlens „zustehender Vertretungsmacht" rechtsgeschäftliche Erklärungen, die jemand im Namen eines Anderen abgibt, für und gegen den Vertretenen wirken. Hierbei wird es zunächst nötig sein, eine Abgrenzung der Fälle vorzunehmen, in denen Vertretungsmacht „zusteht", trotzdem ausdrücklich eine solche nicht erteilt ist, von den Fällen, in welchen von „zustehender Vertretungsmacht" deshalb nicht mehr gesprochen werden kann, weil der Wille des Vertretenen die Handlungsweise des sich als Vertreter gerierenden nicht mehr umfaßt.

Der Grundfall zustehender Vertretungsmacht — abgesehen von den Fällen gesetzlicher und durch Statut begründeter Vertretungsmacht — ist die ausdrücklich erteilte Vollmacht. A bevollmächtigt seinen Freund B, für ihn ein Buch zu kaufen; mit dieser ihm zustehenden Vertretungsmacht begibt sich B in die Buchhandlung, erklärt, für A ein Buch kaufen zu wollen und berechtigt und verpflichtet so seinen Freund A. Sehr häufig wird sich jedoch eine ausdrückliche Bevollmächtigung deshalb erübrigen, weil ein bestimmtes Verhalten des Vertretenen als solches der Außenwelt gegenüber genügt, um erkennen zu geben: mit meinem Willen handelt eine bestimmte Person, die Dritten gegenüber für mich auftritt, als mein Vertreter. In solchen Fällen spricht man von stillschweigender oder von durch schlüssiges Handeln erteilter Vertretungsmacht. Ein Hauptfall solcher stillschweigend erteilten Vertretungsmacht ist der des sich im Laden mit Willen des Geschäftsinhabers aufhaltenden Verkäufers, dessen rechtsgeschäftliche Erklärungen für und gegen den Geschäftsinhaber wirken trotz fehlender ausdrücklicher Bevollmächtigung. Hier liegt die Bevollmächtigung darin, daß der Geschäftsherr seinen Angestellten in eine bestimmte äußere Stellung versetzt, mit der nach der Verkehrsanschauung regelmäßig eine Vollmacht verbunden ist[13]). Trotzdem eine Bevollmächtigung nicht ausdrücklich erteilt ist, hat hier der Vertreter Vollmacht. Gleichgültig, ob man nun die Vollmacht als eine rein formale Rechtsposition[14]) oder als ein auf dem

[13]) Biermann, Zur Lehre von der Vertretung . . . S. 104.
[14]) So Hupka, Die Vollmacht S. 376 und 390; Holz a. a. O. S. 7.

Willen des Vertretenen beruhendes subjektives Recht zur Vertretung[15]) auffaßt: die Rechtsstellung des Vertreters, der durch schlüssiges Handeln bevollmächtigt wurde, ist die gleiche wie die des ausdrücklich Bevollmächtigten. Der nicht ausdrücklich bevollmächtigte Gutsinspektor, die Hausdame, der nicht ausdrücklich Vertretungsmacht erteilt wurde, zahllose Gewerbegehilfen, die ohne ausdrückliche Vollmacht für ihren Geschäftsherrn rechtswirksam Geschäfte abschließen, sie alle stehen ebenso Dritten gegenüber da, wie Vertreter mit ausdrücklich erteilter Vertretungsmacht. In der Regel wird das die Vertretungsmacht bewirkende schlüssige Handeln darin bestehen, daß der Geschäftsherr den Vertreter in eine bestimmte Stellung Dritten gegenüber versetzt. Häufig jedoch wird eine stillschweigende Vertretungsmacht auch dadurch erteilt, daß der Geschäftsherr es lediglich duldet, daß ein Anderer Dritten gegenüber als sein Vertreter auftritt und handelt[16]).

Allen Fällen der stillschweigend erteilten Vollmacht ist wesentlich, daß die Rechtsposition des Vertreters ebenso wie bei ausdrücklich erteilter Vollmacht auf dem Willen des Vertretenen beruht. Niemals kann man von einer durch schlüssiges Handeln erteilten Vollmacht sprechen, wenn zwar ebenso wie bei der stillschweigend erteilten Vollmacht die äußeren Umstände für eine dem Vertreter zustehende Vertretungsmacht sprechen, aber dieser nur s c h e i n b a r Vollmacht besitzt, und ein wirklicher Wille des Geschäftsherrn, Vollmacht zu erteilen, gar nicht vorlag[17]). Die stillschweigende Bevollmächtigung ist eine rechtserhebliche Willensäußerung. Sie setzt also einen W i l l e n des Vollmachtgebers voraus. Ist dieser nicht vorhanden, so kann von einer Bevollmächtigung nicht die Rede sein. Folgendes — von Schlossmann[18]) stammendes — Beispiel wird von Goldberger[19]) angeführt: Der Sohn eines Kaufmanns ist von diesem mit der Führung der Bücher betraut worden. Der Abschluß von Geschäften ist ihm ausdrücklich untersagt. Trotzdem schließt er mit Dritten Geschäfte im Namen seines Vaters ab. Die hieraus entstehenden Verbindlichkeiten erfüllt der Vater, weil er den Sohn Dritten gegenüber nicht bloßstellen will. Er wiederholt jedoch dem Sohn gegenüber das Verbot, als sein Vertreter aufzutreten. Hier kann von einer von dem Willen des Vaters getragenen Vollmacht des Sohnes nicht gesprochen werden. Wenn der Vater die aus den Geschäften des Sohnes entstehenden Verbindlichkeiten erfüllt, so liegt hierin nicht ein schlüssiges Handeln, das eine ausdrückliche Bevollmächtigung ersetzt. Eine stillschweigende Willensäußerung ohne

---

[15]) So Goldberger a. a. O. S. 6 Anm. 11.

[16]) Vgl. Biermann, Zur Lehre von der Vertretung . . . S. 111; Titze a. a. O. S. 956; Staub a. a. O. Bd. 1 S. 307; Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 253.

[17]) Goldberger a. a. O. S. 11.

[18]) A. a. O. Bd. 2 S. 421.

[19]) A. a. O. S. 11.

einen bei dem Geschäftsherrn vorhandenen Willen ist nicht denkbar. Die Aehnlichkeit eines solchen Falles mit der Rechtsfigur der stillschweigend erteilten Vertretungsmacht liegt in der Gleichheit der sich dem Dritten darbietenden Tatbestände. Der Dritte sieht sich in beiden Fällen Umständen gegenüber, die ihn ihrer besonderen, im Verkehr von den Beteiligten gleichmäßig ausgelegten Eigenart wegen zur Annahme zustehender Vertretungsmacht berechtigen.

Der tiefgreifende Unterschied zwischen den beiden Fällen, der dem Dritten infolge der gleichen Oberfläche der Rechtslage zunächst ohne nähere Untersuchung nicht erkennbar ist, stellt sich folgendermaßen dar: Bei stillschweigend erteilter Vertretungsmacht liegt Vollmacht vor, sie i s t. Anders in dem erwähnten Fall des Sohnes, der wider den Willen des Vaters Geschäfte abschließt, die der Vater genehmigt und so den Sohn in die äußere Stellung des Vertreters Dritten gegenüber bringt. Hier besteht in Wahrheit keine Vollmacht. Sie s c h e i n t nur zu bestehen, dem Dritten gegenüber hat es den Rechtsanschein, als ob sie besteht. Die typische Erscheinungsform zustehender Vertretungsmacht begründet hier eine Vermutung für den Dritten, daß tatsächlich Vollmacht erteilt wurde, erzeugt den als Rechtserscheinung auf weiten Gebieten des Rechtslebens wichtigen Rechtsschein[20]). Naendrup, der eingehende Forschungen dem Wesen und den Folgen des Rechtsscheins gewidmet hat, bezeichnete 1910 den Rechtsschein als „vielleicht das wichtigste Problem der heutigen Wissenschaft"[21]). In der an Problemen überreichen Jetztzeit des Rechtslebens ist es müßig, die Frage nach der Rechtserscheinung zu stellen, die als die „wichtigste" anzusehen ist. Zweifellos ist jedoch, daß die Frage des Rechtsscheins stets von außerordentlicher Bedeutung sein wird. Handelt es sich doch um nichts weniger als um das Problem: Wie verhalten sich Sein und Schein im Rechtsleben zueinander? Welche Folgen treten ein, wenn ohne nähere Prüfung unerkennbar statt des Vorhandenseins des Rechts nur der Schein desselben, der Rechtsschein gegeben ist? Wann ist in seiner Rechtswirkung der Schein dem Sein gleichzusetzen? Wann wird der Dritte in seinem Vertrauen auf das Vorhandensein von rechtserheblichen Tatsachen, für die lediglich ein Rechtsschein spricht, geschützt?

Eine große und wichtige Rolle spielt der Rechtsschein im Sachenrecht. Erwähnt seien die §§ 932—936, 1207, 1208 BGB und der noch weitergehende § 366 HGB. Nach diesen Vorschriften kann ein dinglicher Erwerb vom Nichtberechtigten stattfinden, wenn erkennbare typische Erscheinungsformen des Rechts den Rechtsschein der Berechtigung des Veräußerers erwecken, und der Erwerber sich in gutem Glauben an die Verfügungsmacht (BGB) oder Verfügungsbefugnis (§ 366 HGB) befindet. Weittragend ist aber auch die Bedeutung,

[20]) Vgl. Herbert Meyer a. a. O. S. 97.
[21]) Naendrup a. a. O. S. 1.

die die Frage des Rechtsscheins in der Lehre von der Stellvertretung gewinnt. Sehr häufig sind die Fälle, in denen mangels eines Willens des Geschäftsherrn von einer stillschweigenden Bevollmächtigung nicht mehr gesprochen werden kann, aber trotzdem äußere Umstände für das Vorliegen zustehender Vertretungsmacht sprechen. Auch hier erhebt sich die Forderung, den Dritten, der auf diesen Schein der Vollmacht vertraut, dadurch zu schützen, daß man die Rechtswirkung des Scheins der Vollmacht, der — um den in der Literatur im wesentlichen übernommenen Ausdruck v. Seelers[22]) zu gebrauchen — Scheinvollmacht der tatsächlich vorhandenen gleichsetzt.

Das rechtliche Wesen der Scheinvollmacht ist lebhaft umstritten. Mit Recht wird verneint, daß es sich um eine gesetzliche Vertretungsmacht handelt[23]). Wellspacher[24]) hält die von der Scheinvollmacht ausgehende Wirkung für eine Reflexwirkung des guten Glaubens. Demgegenüber bezeichnet Hans H. Meyer[25]) die Scheinvollmacht als eine Form der Vertretungsmacht. Dieser Auffassung ist beizutreten. Meyer bekämpft mit Recht die sich bei anderen Schriftstellern[26]) findende Wendung, daß man in den Fällen der Scheinvollmacht „weder von einer Vollmacht, noch auch überhaupt von einer Vertretungsmacht reden könne". Das Vorliegen von Scheinvollmacht ist ebenso wie das der wirklichen Vollmacht an das Gegebensein bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Liegen diese vor, so tritt Fremdwirkung ein, als wenn der Schein der Wirklichkeit entspräche. Wenn aber durch das Handeln des Vertreters Fremdwirkung entsteht, so liegt das eben daran, daß der Handelnde eine bestimmte rechtliche Macht besitzt. Diese Macht bezeichnen wir als Vertretungsmacht; sie offenbart sich als bestimmtes rechtliches Können: dem, Andere zu berechtigen und zu verpflichten unter Ausschluß der Eigenwirkung. Mit der im Sinne des § 164 Abs. 1 BGB „zustehenden Vertretungsmacht" hat diese Vertretungsmacht des Scheinbevollmächtigten nichts gemein. Das in dem Begriff der „zustehenden Vertretungsmacht" liegende subjektive Moment der Abhängigkeit von dem Willen des Vertretenen fehlt vollständig. Die Scheinvollmacht als Form der Vertretungsmacht ist unabhängig vom Willen desjenigen, den ihre Wirkungen treffen. Der Scheinbevollmächtigte kann, auch wenn er nicht darf.

Einige Fälle der Scheinvollmacht regelt das Gesetz ausdrücklich. Die §§ 170 ff. BGB ordnen Fremdwirkung an trotz fehlender Vollmacht auf Grund eines Rechtsscheins, der auf den durch den Vertretenen geschaffenen, äußeren Tatbeständen beruht. Solche Tatbestände sind die durch den Vertretenen dem Dritten gegenüber er-

---

[22]) A. a. O.; gegen den Ausdruck „Scheinvollmacht" Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, S. 541 Anm. 1.

[23]) Hans H. Meyer a. a. O. S. 31.

[24]) A. a. O. S. 87; so auch Staudinger a. a. O. Bd. 1 § 171, 2.

[25]) A. a. O. S. 36 f.

[26]) v. Seeler a. a. O. S. 1 f; Oertmann a. a. O. § 171, 2 e.

folgte Vollmachtserklärung, die besondere Mitteilung und die öffentliche Bekanntmachung der Bevollmächtigung und schließlich der Besitz der Vollmachtsurkunde bei dem Vertreter. Weitere Gesetzesvorschriften, in denen an Stelle des Willens ein äußerer Tatbestand, der dem Dritten gegenüber den Schein des Rechtes glaubwürdig erweckt, die Fremdwirkung hervorruft, sind die §§ 370, 701 Abs. 2 BGB[27]), 56 und 86 HGB, 15 GBO. Streitig ist die Frage, ob diese Bestimmungen einem einheitlichen Prinzip des Gesetzgebers entspringen und deshalb analog auf andere, im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Fälle anwendbar sind, oder ob ein einheitliches Prinzip der Scheinvollmacht zu verneinen ist. Der letzteren Ansicht ist v. Seeler[28]) in seiner grundlegenden Abhandlung über Vollmacht und Scheinvollmacht. Er führt aus, daß sich der Dritte nur in den im Gesetz besonders genannten Fällen auf den Rechtsschein, der auf das Vorhandensein einer Vollmacht hinweist, verlassen könne. Nur in diesen Fällen läge Scheinvollmacht vor und trete Fremdwirkung ein. Ebenso will v. Tuhr[29]) aus der Tatsache, daß das Gesetz einzelne Fälle kasuistisch hervorgehoben hat, ein argumentum e contrario gegen die Gültigkeit eines allgemeinen Prinzips der Scheinvollmacht herleiten. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Hans H. Meyer[30]) mit der Begründung, es liege sehr nahe, aus den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes ein allgemeines Prinzip zu entnehmen und als allgemeingültig anzuerkennen. Wenn der Gesetzgeber das Prinzip nicht ausdrücklich ausgesprochen habe, so läge das nicht daran, daß er außerhalb der geregelten Fälle die Anwendung des Gedankens nicht gewollt habe, sondern lediglich daran, daß er sich des Prinzips nicht bewußt gewesen sei. Für analoge Anwendung der §§ 170 ff. BGB auf andere Fälle der Scheinvollmacht spricht sich auch Goldberger[31]) aus.

Aus folgenden Gründen ist der zuletzt genannten Ansicht zuzustimmen. Die typischen Erscheinungsformen des Rechts, die in den Fällen der §§ 170 ff. BGB eine Scheinvollmacht, die Fremdwirkung zur Folge hat, herbeiführen, sind nur ein geringer Teil der zahllosen, in bestimmter Weise ausgeprägten und durch die Rechtsgenossen in bestimmter Weise gedeuteten Erscheinungsformen, die im Verkehrsleben auf das Vorhandensein einer Vollmacht schließen lassen. Nicht nur in den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen ist Schutz des Dritten durch Eintritt der Fremdwirkung notwendig. Wenn aber die tatsächlichen Voraussetzungen die gleichen sind, und ferner rechts-

---

[27]) Entgegen der herrschenden Meinung — vgl. statt aller Enneccerus a. a. O. § 392 II S. 513 — fassen wir die Einbringung von Sachen bei Gastwirten als Vertrag auf.

[28]) A. a. O. S. 3.

[29]) A. a. O. S. 395 Anm. 118.

[30]) A. a. O. S. 35.

[31]) A. a. O. S. 77. Ebenso auch Rümelin a. a. O. S. 301 und Wellspacher a. a. O. S. 100.

politisch das Ziel rechtlicher Regelung — berechtigter Schutz des mit dem Vertreter ohne zustehende Vertretungsmacht kontrahierenden Dritten — übereinstimmt, ist eine Ausdehnung der vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen geboten und berechtigt.

Gesetzliche sowohl wie rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht haben bestimmte Voraussetzungen. Auch die Scheinvollmacht als besondere Form des rechtlichen Könnens, die Eigenwirkung auszuschließen und Fremdwirkung hervorzurufen, ist an bestimmte Bedingungen geknüpft. Diese zu bestimmen, ist Gegenstand der folgenden Paragraphen dieser Arbeit.

## § 4.

## Umfang der Pflicht des Dritten, das Vorliegen von Vollmacht zu prüfen.

Thöl[32]) hat den Ausdruck „Erkundigungspflicht" geprägt und damit zum Ausdruck bringen wollen, daß derjenige, der sich mit einem Vertreter in ein Geschäft einläßt, eine Prüfung von dessen Vollmacht vornehmen muß. Diese Erkundigungspflicht ist nicht als Rechtspflicht, sondern als Notwendigkeit, ein gewisses Maß von Vorsicht zu wahren, zu verstehen[33]). Hält der Dritte dieses bestimmte Maß von Vorsicht ein, so hat die nur scheinbar vorliegende Vollmacht ebenso Fremdwirkung zur Folge wie die tatsächlich vorliegende, wenn bestimmte andere, in den folgenden Paragraphen noch zu besprechende Voraussetzungen ebenfalls gegeben sind. Ist der Dritte aber in dem hier zu bestimmenden Sinne unvorsichtig, so tritt Eigenwirkung ein, und der Schutz durch Haftung des scheinbar Vertretenen wird ihm versagt. Die Frage danach, wie weit nun dieses Maß von anzuwendender Vorsicht geht, kann man zweifellos nicht dahin beantworten, daß eine ganz allgemeine Erkundigungspflicht des Dritten besteht[34]). Eine generelle Pflicht, beim Abschluß von Geschäften mit Vertretern mißtrauisch zu sein, gibt es nicht. Auszugehen ist davon, daß in der Regel der sich als Vertreter Ausgebende auch tatsächlich Vollmacht besitzt, und daß es Ausnahmefälle sind, in denen Form und Recht nicht zusammenfallen[35]). Es würde eine außerordentliche Belastung der Regelfälle bedeuten, wenn man von dem Dritten verlangte, nach jeder Richtung hin erst zu prüfen, ob dem Kontrahenten wirklich Vertretungsmacht zusteht. Andererseits wird es dem Vertreter schwer fallen, mit der notwendigen, den Erfordernissen des Verkehrs angepaßten Schnelligkeit im Einzelfall den Beweis der ihm zustehenden Vertretungsmacht zu führen. Die Geschäftsabwicklung besonders im Handelsverkehr würde unerträglich gehemmt werden, wollte man in

[32]) Handelsrecht 1 § 65.
[33]) Hupka, Die Vollmacht S. 227.
[34]) Goldberger a. a. O. S. 89.
[35]) Herbert Meyer a. a. O. S. 84.

jedem Falle verlangen, daß beide Kontrahenten vor Abschluß des Geschäfts die formalen Erfordernisse auf ihr Vorliegen vollständig durchprüften. Im bürgerlichen Rechtsverkehr sind die Formen der Vertretungsgeschäfte nicht derart typisiert wie im Handelsverkehr zum Beispiel beim Handlungsagenten oder beim Ladenangestellten. Insofern wird man hier eine etwas weitergehende Prüfungspflicht zu bejahen haben. In keinem Falle aber hat der Dritte den Tatbestand, der für das Vorhandensein zustehender Vertretungsmacht typisch ist, vollständig bis zur Gewißheit durchzuprüfen[36]).

Eine feste Regel dafür, welche Einzelheiten der Dritte zu prüfen hat und welche nicht, läßt sich nicht aufstellen. Der Einzelfall muß ergeben, in welchem Umfang eine Erkundigungspflicht besteht. Beherrschender Gedanke muß aber hierbei immer der sein: die Rechtsstellung des Dritten darf nicht von internen, zwischen dem ihm gegenübertretenden Kontrahenten und dem Geschäftsherrn liegenden, für ihn nicht erkennbaren Momenten abhängig gemacht werden, wenn ein Rechtsschein für das Vorliegen von zustehender Vertretungsmacht spricht. Erste Voraussetzung eines solchen Rechtsscheins ist ein bestimmter, äußerer Tatbestand, der infolge seiner typischen Form den Schluß auf das Vorliegen von Vollmacht nach der Verkehrsauffassung zuläßt. Dieses objektive Merkmal muß in jedem Falle gefordert werden, da sonst ein Schutz des Dritten nicht gerechtfertigt wäre. Nur dann ist dieser am Platze, wenn tatsächlich bestimmte, auf das Vorhandensein von Vollmacht mit Sicherheit hinweisende, äußere Anhaltspunkte den Dritten veranlassen konnten anzunehmen, daß er mit einem Vertreter kontrahiere. Keinesfalls sind Erklärungen und Versicherungen des Vertreters gegenüber dem Dritten als genügend anzusehen. Es müssen daneben noch bestimmte objektive Merkmale vorhanden sein, die das Vorgeben des Vertreters bestätigen. Es reicht nicht aus, daß der angebliche Vertreter dem Dritten — wenn auch scheinbar glaubwürdig infolge der Person des Vertreters — versichert: „Ich bin der Vertreter von X.". Hinzukommen muß beispielsweise die äußere Tatsache des Aufenthalts des sich als Vertreter des Geschäftsherrn Ausgebenden in einem Laden oder die Kenntlichkeit der Vertreterstellung durch bestimmte Kleidungsstücke, z. B. die Mütze eines Hotelportiers[37]). Die Auffassung, daß in den Fällen der Scheinvollmacht nur dann Fremdwirkung eintrete, wenn objektive Momente das Vertrauen des Dritten rechtfertigen, wird in der Literatur übereinstimmend vertreten[38]). Eine besonders eingehende Untersuchung hat der Frage des „Vertrauens auf äußere Tatbestände" Wellspacher[39]) gewidmet, wobei er zwischen „künstlichen äußeren Tatbeständen" — Vereinsregister, Erbschein — und „natürlichen

[36]) Walterscheid a. a. O. S. 11.
[37]) Hans H. Meyer a. a. O. S. 12.
[38]) Statt vieler vgl. Isay a. a. O. S. 238 f.
[39]) A. a. O.

äußeren Tatbeständen" — Schuldurkunde, Vollmacht, Vollmachtsurkunde — unterscheidet. Das Erfordernis des objektiven Merkmals drückt Isay[40]) dahin aus, daß dann Fremdwirkung eintrete, wenn der Dritte sich angesichts eines „objektivierten Gestionsverhältnisses" darauf verlassen hatte, daß dem Vertreter Vertretungsmacht zustehe. Isay fordert damit, daß der Gestor zu den Sachen des Herrn in einem bestimmten räumlichen Verhältnis stehen müsse, nämlich in einem solchen, das im Verkehr infolge seiner typischen Eigenart als Zeichen zustehender Vertretungsmacht angesehen wird. Isay dachte hierbei insbesondere an die Stellung eines Gutsverwalters, eines Schiffers oder ähnlicher Personen, ließ aber auch Fremdwirkung zu, wenn sonstige objektive Momente den Dritten zur Annahme zustehender Vertretungsmacht berechtigen.

Darüber, wann ein äußerer Tatbestand gegeben ist, der den Rechtsschein der Bevollmächtigung hervorrufen kann, läßt sich eine feste Regel nicht aufstellen. Die Verkehrsauffassung muß im Einzelfall entscheidend sein[41]).

## § 5.

## Schutzwürdigkeit des Dritten.

Die trotz des Fehlens zustehender Vertretungsmacht in den Fällen der Scheinvollmacht eintretende Fremdwirkung soll zum Schutze des Dritten erfolgen. Dies setzt voraus, daß der Dritte dieses Schutzes besonders in Anbetracht etwa entstehender Nachteile beteiligter Rechtsgenossen würdig ist. Dies hat eine doppelte Voraussetzung: einerseits muß der Dritte in gutem Glauben auf das Vorliegen zustehender Vertretungsmacht vertrauen; andererseits dürfen nicht auf der Seite des Geschäftsherrn Gründe vorliegen, die bei gerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen, der Schwere und der Zumutbarkeit der Nachteile einen Schutz des Dritten nicht gerechtfertigt erscheinen lassen. Die erste der beiden genannten Voraussetzungen soll im folgenden behandelt werden.

Das Vorhandensein schutzwürdigen guten Glaubens setzt voraus, daß der Dritte den Mangel der Vollmacht weder kannte noch kennen mußte. Das Gesetz gibt zwar keine Definition des Begriffs des guten Glaubens; jedoch kann die hier gegebene Umschreibung sinngemäß aus einzelnen Bestimmungen des Gesetzes, wie den §§ 173, 370 BGB geschlossen werden[42]). Es liegt auf der Hand, daß der Dritte nicht geschützt werden kann, wenn infolge seines besseren Wissens für ihn gar kein Schein der Vollmacht entstanden ist. Kennt der Dritte die wahre Sachlage, so kann von gutem Glauben nicht mehr die Rede

---

[40]) A. a. O. S. 230 ff.
[41]) Goldberger a. a. O. S. 79. So auch Wellspacher a. a. O. S. 103.
[42]) Goldberger a. a. O. S. 88.

sein[43]). Aber auch demjenigen Dritten, der die Sachlage schuldhaft nicht kennt, muß die ihn schützende Fremdwirkung versagt werden. Nur demjenigen kommt der Vertrauensschutz zustatten, der ohne Fahrlässigkeit auf den betreffenden Schein vertraut hat[44]). Der unvorsichtige Dritte, der infolge eigenen Verschuldens die Umstände nicht kannte, die die Entstehung der Vollmacht hinderten oder sie wieder erlöschen ließen, kann zuungunsten eines anderen Rechtsgenossen nicht ebenso gestellt werden, wie der sorgfältige Dritte. Wer am Zivilrechtsverkehr teilnimmt, geht notwendig damit Risiken ein; begegnet er diesen nicht mit der nötigen Vorsicht und Umsicht, so muß die Rechtsordnung ihm den Schutz versagen. Es ist hierbei unerheblich, ob der Dritte infolge mangelnder Rechtskenntnis die Tatsachen, welche die Entstehung der Vollmacht hinderten oder diese wieder zum Erlöschen brachten, nicht würdigen konnte. Eine solche Unkenntnis würde lediglich einen unerheblichen Rechtsirrtum darstellen[45]).

Einen Anhaltspunkt dafür, was unter Kennenmüssen verstanden sein muß, gibt für den Fall des Ueberbringens einer Quittung § 370 BGB[46]). Hier heißt es: „Der Ueberbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegen stehen". Das Gesetz schließt hier also den guten Glauben da aus, wo dem Dritten erkennbar Umstände vorliegen, die gegen das Vorhandensein zustehender Vertretungsmacht sprechen. Von diesem Fall abgesehen, ist allgemein für den Begriff des Kennenmüssens § 122 Abs. 2 BGB bestimmend, der den Vertrauensschutz schlechthin bei Fahrlässigkeit entzieht. Läßt also in Fällen der Scheinvollmacht der Dritte irgendwie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht, so bleibt er ungeschützt. Sobald er irgend einen Anlaß hat, dem sich als Vertreter Ausgebenden gegenüber stutzig zu werden, entfällt notwendig sein Vertrauen und entsteht für ihn die Pflicht, seinem Mißtrauen nachzugehen und entsprechende Feststellungen zu treffen[47]). Tut er dies nicht, so muß er den Nichteintritt der von ihm gewünschten Fremdwirkung als Folge seiner mangelnden Vorsicht tragen. Nur dann ist der Dritte gutgläubig, wenn für ihn kein Zweifel besteht, daß der sich ihm darbietende Schein dem Sein

---

[43]) Walterscheid a. a. O. S. 33 u. 42; Brülle a. a. O. S. 35; Hans H. Meyer a. a. O. S. 13 u.16.

[44]) Naendrup a. a. O. S. 34 verweigert den Vertrauensschutz nur bei grober Fahrlässigkeit. Diese Einschränkung ist unbegründet. § 122 Abs. 2 BGB, der auch für das Kennenmüssen des § 173 BGB maßgebend ist, sagt allgemein von demjenigen, der eine Tatsache „in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte", daß er sie „kennen mußte".

[45]) Goldberger a. a. O. S. 88; vgl. hierzu Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 1 S. 362.

[46]) Goldberger a. a. O. S. 89; Walterscheid a. a. O. S. 40.

[47]) Goldberger a. a. O. S. 89.

entspricht[48]). Der Dritte ist niemals schutzwürdig, wenn ihm in irgend einer Weise Leichtfertigkeit vorgeworfen werden kann[49]). Würde man auch in solchen Fällen Fremdwirkung eintreten lassen, in denen nach den Regeln ordnungsgemäßen Verkehrs der Dritte die auf das Vorhandensein zustehender Vertretungsmacht hinweisenden Umstände hätte näher prüfen müssen, so würde man hiermit das Gegenteil von dem erzielen, was der Schutz des guten Glaubens bezweckt. Die geschützte Leichtfertigkeit hätte die größte Verkehrsunsicherheit zwangsläufig zur Folge.

## § 6.

### Verschulden des Haftenden nicht erforderlich. Veranlassung des Rechtsscheins genügt.

Nachdem die Voraussetzungen besprochen worden sind, die auf der Seite des Dritten nötig sind, um Fremdwirkung trotz Fehlens zustehender Vertretungsmacht zu bewirken, sollen im folgenden die Erfordernisse geprüft werden, die auf der Seite des Haftenden vorliegen müssen, um die zugunsten des Dritten eintretende Schutzwirkung auszulösen.

Daß ein äußerer Tatbestand allein nicht genügt, um Fremdwirkung auf Grund eines Vollmachtrechtsscheins hervorzurufen, sondern daß in subjektiver Hinsicht auf Seiten des Haftenden irgend ein Zutun, eine bestimmte Kausalbeziehung nötig ist, ist die in der Literatur übereinstimmend vertretene Auffassung[50]). Streitig ist, wie dieses Zutun beschaffen sein muß. Auf der einen Seite wird Verschulden des Haftenden verlangt[51]), andere Schriftsteller vertreten die Ansicht, daß Veranlassung des Rechtsscheins genügt[52]).

Mit ausführlicher Begründung vertritt Hans H. Meyer[53]) die Meinung, daß der Haftende den Rechtsschein, auf den der Dritte vertraute, nicht nur veranlaßt, sondern verschuldet haben müsse. Des näheren führt dieser Schriftsteller aus: das subjektive Erfordernis der Fremdwirkung in Fällen der Scheinvollmacht werde in der Regel dahin bestimmt, daß der äußere Tatbestand, der das Vertrauen des Dritten zur Folge hat, auf ein Verhalten des Geschäftsherrn zurück-

---

[48]) Naendrup a. a. O. S. 34. Naendrup schlägt a. a. O. vor, nicht von „Rechtsschein", sondern von „Rechtsanschein" zu sprechen, da in dem Worte nichts von einer „mit Bezug auf den Schein bestehenden Ungewißheit des Vertrauenden anklingen dürfe".

[49]) Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht S. 197.

[50]) Vgl. Hellmann a. a. O. S. 151; Wellspacher a. a. O. S. 86; Hans H. Meyer a. a. O. S. 10; Walterscheid a. a. O. S. 14; v. Seeler a. a. O. S. 2 u. 45.

[51]) Hans H. Meyer a. a. O. S. 14 ff.

[52]) v. Seeler a. a. O. S. 2; Walterscheid a. a. O. S. 14; Goldberger a. a. O. S. 17.

[53]) A. a. O. S. 14 ff.

gehen müsse[54]). Dieses Prinzip der Haftung des Geschäftsherrn auf Grund bloßer Veranlassung des Rechtsscheins durch sein Verhalten sei zu einer gerechten Beurteilung der hier in Frage kommenden Fälle ungeeignet. Mit Recht weise Müller-Erzbach[55]) auf die Unbestimmtheit und die zu weite Ausdehnungsmöglichkeit des Begriffes hin. Der Begriff des „Zutuns", wie ihn Wellspacher[56]) gebrauche, wäre zwar etwas enger als der Begriff der Veranlassung, aber zu unklar. Eine befriedigende Lösung sei nur möglich mit Hilfe des Schuldprinzips. Das Verschulden des Geschäftsherrn beziehe sich jedoch nicht auf das Zustandekommen des äußeren Tatbestandes, sondern auf die Wirkung des äußeren Tatbestandes. Fremdwirkung trete dann ein, wenn den Geschäftsherrn eine Schuld daran trifft, daß der Dritte auf den durch die äußeren Umstände hervorgerufenen Schein der Vollmacht vertrauen konnte. Der Dritte könne dann nicht geschützt werden, wenn es an jedem Verschulden des Geschäftsherrn fehle, z. B. weil dieser geisteskrank war oder das Erforderliche getan hatte, um den Anschein der Vollmacht zu zerstören[57]).

Auch Manigk[58]) fordert Verschulden auf Seiten des Haftenden. Nur unter dieser Bedingung der Zurechenbarkeit tritt nach ihm die Wirkung des Rechtsscheins ein. Manigk, der ein selbständiges Prinzip der Scheinvollmacht verneint und den Tatbestand der Scheinvollmacht in das Gebiet der Willenserklärungen eingliedert, erblickt die Schuld des Haftenden z. B. in der Abgabe von sog. „fahrlässigen Willenserklärungen"[59]) oder von Scheinerklärungen. Eine bloße Veranlassung des Tatbestandes, auf den der Dritte vertraut, genügt nach Manigk nicht, da man dann Fälle miteinbeziehen müsse, in denen von dem Geschäftsherrn keine seinem Kundgebungswillen dienende Aeußerung ausgegangen ist und infolge dieses Mangels die Analogie aus den §§ 171 f. BGB versage[60]). Zudem wäre eine Veranlassung zu häufig zu bejahen, was zu Unbilligkeiten führe.

Die entgegengesetzte Ansicht findet sich bei v. Seeler[61]). In seiner Abhandlung über Vollmacht und Scheinvollmacht führt dieser aus: Der Dritte werde dann geschützt, wenn der Geschäftsherr durch sein Verhalten an der Entstehung der äußeren Umstände, auf die der Dritte vertraut, mitgewirkt habe. Gleichgültig sei es, ob sein Verhalten in einem Tun oder Unterlassen bestünde und ob es schuldhaft oder unverschuldet sei. Sobald über bloße Angaben des Vertreters

---

[54]) Hans H. Meyer a. a. O. S. 14; dort Anm. 1 zit. RG Warn 6 Nr. 130 und Recht 1911 Nr. 290, Anm.2 zit. Goldberger a. a. O. S. 75 ff und Hupka, Die Vollmacht S. 421 ff.

[55]) Gefährdungshaftung . . . S. 129 Anm. 29.

[56]) A. a. O. S. 102.

[57]) Hans H. Meyer a. a. O. S. 15.

[58]) Stillschweigend bewirkte Vollmachten S. 616, 650.

[59]) A. a. O. S. 643.

[60]) A. a. O. S. 620.

[61]) A. a. O. S. 2.

hinaus irgend ein Verhalten des Geschäftsherrn vorläge, das den Rechtsschein begründe, trete Fremdwirkung ein[62]). An folgendem Beispiel wird dies näher erläutert[63]). Ein Kaufmann verläßt seinen Laden vorübergehend während der Geschäftsstunden, ohne einen Vertreter zu hinterlassen. Er vergißt, seinen Laden zu verschließen, und seine Abwesenheit wird von einem Dritten benutzt, der sich in den Laden einschleicht und Geschäfte mit Kunden tätigt. In diesem Falle, führt v. Seeler aus, habe der Kaufmann den Rechtsschein veranlaßt. Hätte er sich nicht aus seinem Laden entfernt, so wäre es nicht möglich gewesen, daß ein Unbefugter im Laden als Geschäftsinhaber oder sonst Berechtigter aufgetreten wäre. Anders läge der Fall, wenn Räuber gewaltsam in den Laden eingedrungen wären, den Kaufmann gewaltsam in einen Nebenraum gebracht und den Verkauf in die Hand genommen hätten. Hier trete keine Fremdwirkung ein, da die Täuschung der Dritten, mit denen die Räuber Geschäfte abschlossen, nicht auf ein Verhalten des Geschäftsherrn zurückzuführen sei.

Ebenso verlangt Goldberger[64]) lediglich, daß der Irrtum des Dritten durch den Geschäftsherrn selbst hervorgerufen worden ist. Ueber die bloße Veranlassung des Rechtsscheins sei Verschulden des Vertretenen nicht erforderlich. Auch Walterscheid[65]) teilt diesen Standpunkt: es genüge, wenn jemand den Rechtsschein, der den Schluß auf das Sein rechtfertige, veranlaßt habe. Der Gedanke des Veranlassungsprinzips sei ein gerade dem deutschen Recht durchaus adäquater und nehme einen nicht geringen Raum im BGB ein[66]). Als Beispiel einer im Gesetz festgelegten Wirksamkeit des Veranlassungsprinzips im Vollmachtrechtsschein führt Walterscheid[67]) den § 370 BGB an. Der Ueberbringer[68]) der Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, auch wenn ihm keine Vertretungsmacht zusteht, da der Geschäftsherr durch die Ausstellung der Quittung den Vollmachtrechtsschein veranlaßt hat. Keine Fremdwirkung trete dagegen ein, wenn die Quittung gefälscht war, und der Rechtsschein nicht auf einem Verhalten des Geschäftsherrn beruhte. Ein weiteres gesetzliches Beispiel für das Veranlassungsprinzip erblickt Walterscheid[69]) im § 701 Abs. 2 BGB, der besagt, daß auch die Sachen als bei einem Gastwirt eingebracht gelten, die solchen Leuten übergeben wurden, die nach den Umständen als von dem Gastwirt dazu bestellt angesehen werden konnten. Habe also zum Beispiel ein Gastwirt

---

[62]) v. Seeler a. a. O. S. 45.
[63]) v. Seeler a. a. O. S. 48.
[64]) A. a. O. S. 16.
[65]) A. a. O. S. 10.
[66]) Walterscheid a. a. O. S. 15.
[67]) A. a. O. S. 32 ff.
[68]) Hierunter ist jeder zu verstehen, der die Quittung zwecks Leistungsempfang präsentiert.
[69]) A. a. O. S. 34.

seinem Diener verboten, Gepäck der Gäste entgegen zu nehmen, so hafte er trotzdem, falls der Diener mit einer Hotelmütze auf dem Kopfe die Sachen gutgläubiger Dritter entgegennimmt, wenn er durch sein Verhalten — etwa durch Herumliegenlassen der Hotelmützen — es möglich gemacht hat, daß der Vollmachtrechtsschein entstand[70]).

Naendrup[71]) weist darauf hin, daß zwar gewöhnlich Fremdwirkung zu Lasten desjenigen erfolge, der den Rechtsschein vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat, daß aber u. U. auch die Person haftet, die den Rechtsschein nur veranlaßt habe, wenn weder den Geschäftsherrn noch den Dritten ein Verschulden trifft und letzterer schutzwürdig erscheint, ja daß sogar der Dritte in bestimmten Fällen dann geschützt werde, wenn der Haftende nicht einmal den Rechtsschein veranlaßt habe, z. B. auf Grund des § 935 Abs. 2 BGB. Allerdings müßten hier besondere Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe dafür sprechen, das Interesse des auf den Rechtsschein vertrauenden Dritten ausschlaggebend zu berücksichtigen[72]).

Die gesetzgeberischen Grundgedanken, die entweder zum Schuldprinzip oder zum Veranlassungsprinzip führen, sind im wesentlichen folgende: Das Schuldprinzip greift zunächst in vollem Umfange dort Platz, wo es sich um Strafe oder Sühne für gesellschaftsfeindliches Verhalten handelt, also im Strafrecht. Hier muß die Schuld des Handelnden unbedingt Voraussetzung dafür sein, daß sich die Folgen der Handlungsweise gegen ihn richten. Ebenso muß regelmäßig im Gebiet der unerlaubten Handlungen des BGB Verschulden des Haftenden erfordert werden, da die unerlaubte Handlung außerhalb des Rahmens geordneter menschlicher Betätigung liegt, und eine Vermutung dafür besteht, daß unverschuldete Verletzungen des Rechtsgenossen die Ausnahme bilden. Kommen diese jedoch vor, so ist es nicht unbillig, den Betroffenen und nicht den Veranlasser die Folgen des zufälligen Ereignisses tragen zu lassen. Anders ist mit der Belastung durch die Folgen zu verfahren, wenn eine Vermutung dafür besteht, daß bei der Besonderheit der Umstände nach menschlicher Erfahrung häufig auch ohne Verschulden die Verletzung von Rechtsgütern möglich ist, ohne daß der Rechtsgenosse in der Lage ist, sich vor den ihm drohenden Gefahren genügend zu schützen. So muß z. B. die Tierhalterhaftung des § 833 BGB denjenigen, dessen Rechtsgüter durch das Tier verletzt wurden, auch dann schützen, wenn ein Verschulden auf Seiten des Haftenden nicht vorliegt, weil hier die Gesamtumstände des menschlichen Zusammenlebens derart sind, daß es unbillig wäre, den Dritten unter der besonderen Gefahrenquelle leiden zu lassen. Die Möglichkeit der Verletzungen ohne irgendwelches Verschulden des Verletzenden sind zu groß, als daß in

[70]) Vgl. Anm. 1 auf S. 14 dieser Arbeit.
[71]) A. a. O. S. 5.
[72]) Naendrup a. a. O. S. 6.

allen Fällen Verschulden erfordert werden könnte. Hier muß das Veranlassungsprinzip Platz greifen. Wer infolge der besonderen Gefahrenquellen, deren Gegenstand seine Sachen sind, im Rahmen des geordneten menschlichen Gemeinschaftslebens häufig Ereignisse verursachen kann, die Rechtsgüter Dritter verletzen können, muß für sein Verhalten auch ohne besonderes Verschulden haften. Es wäre unbillig, in allen Fällen nichtverschuldeter Verletzung seitens des Haftenden — diese Fälle sind im Gegensatz zu den oben genannten Tatbeständen der unerlaubten Handlungen und des Strafrechts hier die Regel — den Dritten schutzlos zu lassen. Diesen Gesichtspunkten trägt das Gesetz in allen Fällen Rechnung, in denen wie im Tatbestand des § 833 BGB besondere Umstände die Wahrscheinlichkeit zufälliger Verletzung von Rechtsgütern nahe liegend erscheinen lassen. So läßt das Gesetz in den §§ 170—173 BGB Fremdwirkung eintreten zum Schutze des Dritten auch wenn ein Verschulden des Haftenden nicht vorliegt, weil die Besonderheiten des rechtsgeschäftlichen Verkehrs unter Benutzung von Stellvertretern für den Dritten besondere und größere Gefahren mit sich bringt, als der unmittelbare Rechtsverkehr. Hier müssen bestimmte Anhaltspunkte geschaffen und festgesetzt werden, bei deren Vorliegen der Dritte auf die Gültigkeit der Vollmacht, d. h. darauf, daß er ebenso gestellt ist, als wenn er mit dem Geschäftsherrn direkt kontrahierte, vertrauen kann, gleichgültig, ob der Geschäftsherr das Vorliegen dieser Anhaltspunkte verschuldet hat oder nicht. Niemand würde mehr mit einem Vertreter kontrahieren, wenn er in jedem Falle der Tatbestände der §§ 170—173 BGB erst das Verschulden des Geschäftsherrn dafür beweisen müßte, daß dieser das Erlöschen der Vollmacht nicht angezeigt, die öffentliche Bekanntmachung nicht widerrufen oder die Vollmachtsurkunde nicht für kraftlos erklärt hat. Auch in den Fällen der §§ 370 und 701 Abs. 2 BGB herrscht das Veranlassungsprinzip aus dem gleichen Grunde, nämlich wegen des besonderen Risikos, das der Dritte bei mittelbarem Kontrahieren eingeht. Es wäre durchaus unbillig, wollte man in allen Fällen, in denen der Ueberbringer einer Quittung zum Empfang der Leistung unbefugt ist und trotzdem als berechtigt auftritt, oder eine unbefugte Person, die den Umständen nach als vom Gastwirt mit Vertretungsmacht versehen angesehen werden muß, das Gepäck des in das Hotel einkehrenden Fremden entgegennimmt, den Dritten ungeschützt lassen, wenn auf Seiten des Gläubigers oder des Gastwirts zwar kein Verschulden vorliegt, aber doch durch sein Tun besondere Gefahren für einen Dritten entstehen.

Das Gesetz läßt deutlich das Prinzip erkennen, denjenigen, der im Rahmen seines zwar für Dritte Risiken bergenden, aber wegen seiner Verkehrsbedeutung doch nicht gesellschaftsfeindlichen Tuns die Gefahrenlage, aus der ein Schaden entsteht, im konkreten Falle veranlaßt, auch ohne Rücksicht auf Verschulden die Folgen tragen zu lassen. Diesem Prinzip folgen wir berechtigt in allen vorkommenden

Tatbeständen eines Vollmachtrechtsscheins. Wer durch sein Verhalten, sei es durch ein Tun oder Unterlassen, den Rechtsschein veranlaßt, auf den ein Dritter gutgläubig vertraut, muß die Wirkungen der Handlungen des Vertreters, dem keine Vertretungsmacht zusteht, oder nicht mehr zusteht, für und gegen sich gelten lassen.

## § 7.

## Umfang der Scheinvollmacht.

Kein Zweifel über den Umfang einer erteilten Vollmacht kann bestehen, wenn der Geschäftsherr in den dem Dritten bekannten Weisungen an den Vertreter, in der Vollmachtsurkunde oder in der Bekanntmachung dem Dritten gegenüber ausdrücklich den Rahmen festgelegt hat, innerhalb dessen der Vertreter befugt ist, in seinem Namen Rechtsgeschäfte abzuschließen. Liegt keine ausdrückliche, sondern eine stillschweigende Bevollmächtigung vor, so räumt das Gesetz etwaige Zweifel aus. § 54 Abs. 1 HGB bestimmt für die Fälle der Handlungsvollmacht:

„Ist jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht (Handlungsvollmacht) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt."

Diese Bestimmung kann auf die Fälle der Vollmacht im bürgerlichen Rechtsverkehr bedenkenfrei analog angewandt werden[73]). Steht hier jemandem durch stillschweigend erteilte Bevollmächtigung Vertretungsmacht zu, so geht die Vollmacht ebenfalls so weit, als sie nach der Auffassung des Verkehrs typischerweise bei Geschäften der Art, in welcher die Vollmacht erteilt wurde, zu gehen pflegt. Hat beispielsweise ein Gutsbesitzer einen Verwalter angestellt, ohne durch ausdrückliche Erklärungen diesem oder Dritten gegenüber dessen Vollmacht in bestimmter Weise zu umgrenzen, so gilt der Gutsverwalter für alle diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen als bevollmächtigt, die die Geschäfte eines Gutsverwalters gewöhnlich mit sich bringen. Alle solche Geschäfte dagegen, die wegen ihrer besonderen Tragweite, ihres Risikos oder größeren Umfangs wegen von einem Gutsverwalter überhaupt nicht oder nur unter Hinzuziehung des Geschäftsherrn erledigt zu werden pflegen, liegen außerhalb der dem Vertreter zustehenden Vertretungsmacht.

Die Frage nach dem Umfang einer Scheinvollmacht ist nicht wesentlich anders zu beantworten. Mit Recht sagt Hupka[74]), daß der

[73]) Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 29; Hupka, Die Vollmacht, S. 181.
[74]) Die Vollmacht S. 179; ebenso Hans H. Meyer a. a. O. S. 19.

Umfang einer Scheinvollmacht bereits gegeben sei mit der Feststellung, daß Scheinvollmacnt vorliege. Durch die Art der äußeren Tatbestände, die den Rechtsschein der zustehenden Vertretungsmacht hervorrufen, wird eine Scheinvollmacht bestimmten Umfanges festgelegt. Der mit dem Vertreter kontrahierende Dritte vertraut auf das Vorliegen einer Vollmacht bestimmten Umfanges. Er glaubt, daß dem Vertreter diejenige Vertretungsmacht zusteht, die gewöhnlich bei Geschäften der Art wie das abzuschließende einem Vertreter zusteht. Ebenso wie bei der stillschweigend erteilten Vollmacht zieht hier der Dritte aus den äußeren Umständen, denen er sich gegenüber sieht, seine Schlüsse auf die Grenzen der Vertretungsmacht. So weit hält er den Vertreter für vertretungsberechtigt, als dies bei ordnungsmäßigem Geschäftsbetrieb normalerweise unter den den Rechtsschein erweckenden Umständen üblich ist[75]).

Ist einem Vertreter eine Vollmacht beschränkten Umfanges erteilt worden, diese Beschränkung aber im Verkehr Dritten gegenüber nicht erkennbar, so kann neben der wirklich erteilten Vollmacht noch eine darüber hinausgehende Scheinvollmacht vorliegen. Lassen nämlich die von dem Geschäftsherrn veranlaßten Umstände auf eine Vollmacht im Rahmen des Verkehrsüblichen schließen, die weiter geht, als die in Wirklichkeit erteilte, so kann der Dritte mit Recht den üblichen Rahmen der unter den gegebenen Umständen in der Regel vorliegenden Vollmacht voraussetzen und wird in seinem Vertrauen durch die an die Stelle tatsächlich erteilter Vertretungsmacht tretende, ergänzende Scheinvollmacht geschützt[76]).

Die Dauer einer Scheinvollmacht bestimmt sich nach der Zeitdauer des den Rechtsschein verursachenden äußeren Tatbestandes[77]). Fällt dieser fort, so begründet nichts mehr das Vertrauen des Dritten auf die seinem Kontrahenten zustehende Vertretungsmacht. Ohne Einfluß sind Erklärungen des Geschäftsherrn, die sich lediglich an den Vertreter richten und die dem Dritten sich darbietenden äußeren Umstände nicht ändern[78]). Voraussetzung des Fortbestehens der Scheinvollmacht bei gleichbleibenden äußeren Umständen ist der fortdauernde gute Glaube des Dritten. Fällt dieser fort, so ist kein Raum mehr für einen Vertrauensschutz.

## § 8.

## Kein allgemeines Prinzip des Schutzes des guten Glaubens.

Die Tatsache, daß der Gedanke des Schutzes des guten Glaubens im Gesetz an mehreren Stellen seinen Niederschlag gefunden

---

[75]) Vgl. Hans H. Meyer a. a. O. S. 19 und die dort Anm. 2 zit. RG 23, 250.

[76]) Hans H. Meyer a. a. O. S. 19.

[77]) Vgl. hierzu Wellspacher a. a. O. S. 101.

[78]) Isay a. a. O. S. 240.

hat — es sei an den sachenrechtlichen Erwerb vom Nichtberechtigten und an die Fälle der §§ 170—173 BGB erinnert — könnte dazu verleiten, ein allgemeines Prinzip des Schutzes des guten Glaubens im Rechtsverkehr als vorhanden anzunehmen. Dies liegt um so näher, als die Berechtigung einer analogen Anwendung des Gedankens in den Fällen nicht zustehender Vertretungsmacht unter bestimmten, Scheinvollmacht und damit Fremdwirkung erzeugenden Voraussetzungen anerkannt wurde. Es erscheint daher angezeigt, zum Abschluß des Ersten Teils dieser Arbeit folgendes zu betonen.

Der Schutz des guten Glaubens ist kein allgemeines Rechtsprinzip in dem Sinne, daß etwa notwendig immer, wenn ein Rechtsgenosse gutgläubig auf das Vorhandensein gewisser Tatsachen vertraut, und die Umstände, unter denen er dies tut, von einem anderen verursacht sind, jener geschützt würde. Vielmehr ist der Schutz des Gutgläubigen nur „eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen, die nur insoweit gerechtfertigt ist, als sie durch dringende Gründe praktischer Zweckmäßigkeit geboten wird"[79]). Es ist richtig, daß der alte römischrechtliche Gedanke: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet nicht mehr in vollem Umfange das geltende Recht beherrscht und daß der Schutz des gutgläubigen Dritten eine nicht seltene Rechtserscheinung ist. Insoweit trifft es zu, wenn Hachenburg[80]) von dem Schutze des guten Glaubens als einem der „leitenden Rechtsgedanken des Gesetzes" spricht. Jedoch kann von einem in allen Fällen durchgreifenden Prinzip nicht gesprochen werden.

[79]) Motive Bd. 1 S. 236.
[80]) A. a. O. S. 293.

# Zweiter Teil.

## Fremdwirkung trotz fehlender Erkennbarkeit zustehender Vertretungsmacht.

### § 9.

### § 164 Abs. 2 BGB.

### Inhalt und Zweck der Vorschrift.

Der an der Spitze des das Rechtsgebiet der Vertretung und Vollmacht abhandelnden fünften Titels des ersten Buches des BGB stehende § 164 besagt zunächst im Abs. 1 grundsätzlich, daß Fremdwirkung eintrete, wenn ein Vertreter Willenserklärungen innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt. Im Abs. 2 heißt es dann:

„Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht".

Im Falle, daß dem Vertreter zwar Vertretungsmacht zusteht und er auch den Willen hat, in fremdem Namen zu handeln, dies jedoch nach außen hin nicht zu erkennen gibt, will also das Gesetz nicht die im § 164 Abs. 1 BGB vorgeschriebene Fremdwirkung eintreten lassen, sondern den Vertreter so stellen, als ob er im eigenen Namen als Selbstkontrahent aufgetreten wäre. Es soll Eigenwirkung eintreten; nicht der Vertretene, sondern der Vertreter soll berechtigt und verpflichtet sein.

Das Prinzip, das hier deutlich aus den Worten des Gesetzgebers spricht, ist das in der Literatur vielfach mit „Offenheitsprinzip" bezeichnete. An die Stelle der Eigenwirkung in der Person des rechtsgeschäftlich Handelnden soll die Fremdwirkung in der Person des hinter dem mit dem Dritten kontrahierenden Vertreter stehenden — jenem oft unbekannten — Vertretenen nur dann treten, wenn die Fremdbeziehung des Rechtsgeschäfts für den Dritten klar zu erkennen ist. Es soll für den Dritten offenkundig sein, daß der Vertreter nicht für sich, sondern für einen Anderen handelt. Bleibt es dem Dritten verborgen, daß der Kontrahent seine rechtgeschäftlichen Erklärungen nicht für sich, sondern für einen fremden Geschäftsherrn abgibt, so sollen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts auf die miteinander kontrahierenden Parteien beschränkt bleiben.

Der Zweck der Vorschrift des § 164 Abs. 2 ergibt sich aus folgender Erwägung. Angenommen, die Bestimmung des § 164 Abs. 2

fehlte, so hätte der Vertreter, der seine Eigenschaft als Geschäftsmittler dem Dritten nicht zu erkennen gab, von diesem in Anspruch genommen, die Möglichkeit, gemäß § 119 BGB seine Willenserklärung anzufechten. Er könnte und würde häufig geltend machen, daß er eine Willenserklärung, die nicht Fremdwirkung, sondern Eigenwirkung zur Folge hat, überhaupt nicht habe abgeben wollen und daß er bei verständiger Würdigung des Falles an Stelle der abgegebenen eine Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgegeben hätte. Die Folge der Anfechtung wäre die des § 142 BGB: das Rechtsgeschäft wäre als von Anfang an nichtig anzusehen. Hiervor soll der Dritte geschützt werden[1]). Wenn ihm völlig unbekannt ist, wer hinter seinem Kontrahenten als wahre Vertragspartei steht, soll er nicht der Gefahr einer durch Anfechtung des Kontrahenten eintretenden Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ausgesetzt werden. Wäre er dies, so würde damit ein Gefahrenmoment in das heute nicht mehr ohne den Geschäftsmittler denkbare Verkehrsleben eingeschaltet sein, das jeden veranlassen würde, sich vor Abschluß eines Rechtsgeschäfts zu vergewissern, ob er es auch nicht mit einem ihm als solchen zunächst nicht kenntlichen Vertreter zu tun habe. Anders liegt der Fall freilich, wenn es dem Dritten gleichgültig ist, ob er mit dem Geschäftsherrn oder einem Vertreter kontrahiert, wie in dem folgenden bei Schlossmann[2]) angeführten Beispiel. Inhaber eines Ladens ist P. Nach außen hin erscheint jedoch P' als Inhaber. Ein Dritter D kontrahiert mit P', ohne zu wissen, daß dieser als Vertreter auftritt. Hier wird P durch die Willenserklärungen des P' berechtigt und verpflichtet, wenn es D gleichgültig war, mit wem er kontrahierte. Machte D nicht zum Vertragsinhalt, daß er gerade mit P' abschließen wollte, sondern wünschte er nur schlechthin mit dem Geschäftsinhaber rechtsgeschäftlich verbunden zu sein, so braucht die Schutzvorschrift des § 164 Abs. 2 nicht Platz zu greifen. In einem solchen Falle bringen Geschäftsmittler keine Gefahren für den Rechtsgenossen mit sich, da dieser nicht mit einem bestimmten Menschen, sondern mit dem jeweiligen Exponenten eines Unternehmens kontrahiert. Will aber der Dritte nicht mit dem jeweiligen Inhaber eines Geschäfts kontrahieren, sondern ist ihm an der Person des Kontrahenten gelegen, so bringt das Auftreten von Geschäftsmittlern die oben genannte Gefahr der Anfechtungsmöglichkeit mit sich. Dieser wird durch § 164 Abs. 2 begegnet, indem das Gesetz den nicht offen als solcher handelnden Vertreter auch gegen seinen Willen in die gleiche Rechtsstellung einweist, die er ohne jede Vertretereigenschaft durch die abgegebenen Willenserklärungen inne hätte[3]).

---

[1]) Hempel a. a. O. S. 21 ff.; v. Kupsch a. a. O. S. 22.

[2]) A. a. O. Bd. 1 S. 187.

[3]) Vgl. hierzu Rümelin a. a. O. S. 201 und Jung, Bürgerliches Recht S. 658.

## § 10.

### Keine obligatorische Haftung des Vertretenen neben dem verdeckten Stellvertreter.

Im Schrifttum[4]) wird der seine Vertretereigenschaft dem Dritten nicht offenbarende Geschäftsmittler vielfach „verdeckter Stellvertreter" genannt. Daneben findet sich auch die Bezeichnung „stiller Stellvertreter"[5]). Die erstgenannte ist jedoch terminologisch treffender gewählt, da sie den charakteristischen Umstand, daß die wahre Eigenschaft des Kontrahenten als Stellvertreter dem Dritten verdeckt bleibt, besser wiedergibt. Im folgenden wird daher der Ausdruck „verdeckter Stellvertreter" Verwendung finden.

Die Fassung des § 164 Abs. 2 BGB läßt Zweifel darüber, ob die Wendung „kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht" lediglich auf das Verhältnis des Vertreters zu dem Dritten hinzielt in der Weise, daß die nach § 164 Abs. 1 neben der Fremdwirkung eintretende zweite Folge, der Ausschluß der Eigenwirkung in der Person des Mittlers, durch dessen Auftreten als verdeckter Stellvertreter entfällt, die Fremdwirkung jedoch bleibt, oder ob auch diese ausgeschlossen wird.

Für die Ansicht, daß neben dem verdeckten Stellvertreter auch noch der Geschäftsherr haftet, spricht sich Cosack in der 1. Auflage seines Lehrbuchs[6]) aus. Eck[7]) will den Wortlaut des § 164 Abs. 2 „kommt der Mangel des Willens . . . nicht in Betracht" dahin ergänzt wissen: „kommt der Mangel des Willens . . . dem Gegner gegenüber nicht in Betracht" und dem Dritten das Recht geben, sich nach seiner Wahl an den Vertreter oder an den Vertretenen zu halten. Hiergegen wendet sich Rümelin[8]), der im wesentlichen seine Ansicht mit dem Wortlaut des Gesetzes begründet, in den man nicht willkürlich etwas hineininterpretieren könne, und vor allem F. Leonhard[9]). Letzterer führt in ausführlicher Begründung etwa folgendes aus: Wenn der Dritte mit dem verdeckten Stellvertreter kontrahiere, so vertraue er diesem und nur diesem. Es wäre völlig unbillig, wollte man — für den Dritten durchaus unerwartet — plötzlich neben dem Vertreter auch noch den Vertretenen haften lassen. Dies würde für den Dritten ein unberechtigtes und unverdientes „Glücksgeschenk" bedeuten. Auf keinen Fall könne man auch der Ansicht folgen, die den Geschäftsherrn nur verpflichten, dagegen nicht berechtigen wolle,

---

[4]) Statt vieler vgl. Jung, Bürgerliches Recht S. 554.

[5]) Vgl. Zimmer a. a. O., Engel a. a. O., Mattstedt a. a. O. u. a.

[6]) Cosack a. a. O. 1. Aufl. § 66. Derselben Ansicht David a. a. O. S. 596 ff. und Brach a. a. O. S. 558 ff.

[7]) A. a. O. S. 65 f.

[8]) A. a. O. S. 208 ff.

[9]) A. a. O. S. 11 ff. Ebenso Mitteis a. a. O. S. 310 und Enneccerus a. a. O. § 167 II Anm. 4. Gegen eine Haftung des Geschäftsherrn neben dem Vertreter auch Manigk, Anwendungsgebiet S. 332 f.

da eine Zerreißung der Rechte und Pflichten unbillig und sehr bedenklich sei.

Es ist in der Tat nicht einzusehen, inwiefern es begründet wäre, nicht nur den verdeckten Stellvertreter, sondern auch den Geschäftsherrn dem Dritten haften zu lassen. § 164 Abs. 2 bezweckt lediglich, den Dritten so zu stellen, als wäre der verdeckte Stellvertreter, so wie es für ihn den Anschein hatte, kein Mittler, sondern die im eigenen Namen handelnde Partei selbst. Der Dritte hat es, wie bei irgend einem anderen Geschäft ohne Mittler, mit einer bestimmten Person zu tun, der er vertraut und mit der er deshalb kontrahiert. Es besteht kein Grund, sein Risiko durch die Zusatzhaftung eines Anderen abzuschwächen. § 164 Abs. 2 bezweckt ausschließlich S c h u t z des Dritten, nicht seinen besonderen Vorteil.

## § 11.

## Ueber die Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze beim dinglichen Erwerb.

In den folgenden Paragraphen dieser Arbeit soll dargetan werden, daß unter bestimmten Voraussetzungen beim dinglichen Erwerb Fremdwirkung eintritt trotz fehlender Erkennbarkeit zustehender Vertretungsmacht. Bevor dieser Frage näher getreten wird, soll jedoch im folgenden zunächst untersucht werden, ob überhaupt die Stellvertretungsgrundsätze beim sachenrechtlichen Eigentumserwerb Anwendung finden können.

§ 929 Satz 1 BGB lautet:

„Zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll."

Der Eigentumserwerb hat hiernach eine doppelte Voraussetzung: die Uebergabe der Sache und die Einigung der Parteien über den dinglichen Erwerb. Für beide Erfordernisse muß die Frage der Anwendbarkeit der Stellvertretungsgrundsätze getrennt geprüft werden.

Die Beantwortung der Frage, ob § 164 BGB auf die Uebergabe des § 929 anwendbar ist, erfordert zunächst eine Feststellung des Begriffs der „Uebergabe". In der Literatur besteht hierüber die einheitliche Ansicht, daß unter Uebergabe die Verschaffung des Besitzes zu verstehen sei[10]). Die Sache ist dann übergeben, wenn der Veräußerer den Besitz zu Gunsten des Erwerbers aufgegeben hat. Die

[10]) Vgl. F. Leonhard a. a. O. S. 57; Rümelin a. a. O. S. 262, Biermann, Sachenrecht, § 929, 2α; Rosenberg, Sachenrecht, zu § 854, 2, IV, S. 29; Manigk a. a. O. S. 657; ferner Gotthilf a. a. O. S. 23; Sauer a. a. O. S. 3; v. Kupsch a. a. O. S. 10; Motive Bd. 2 S. 334.

Fragestellung lautet demnach: Gibt es eine Stellvertretung beim Besitzerwerb?

Das BGB sagt über den Erwerb des Besitzes:

„Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben" (§ 854).

Das Gesetz unterscheidet hiernach zwei Fälle des Besitzerwerbs: den Erwerb durch Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft und die Erlangung des Besitzes bei bereits auf Seiten des Erwerbers vorhandener Herrschaftsmöglichkeit durch einen Willensvorgang, die Einigung mit dem bisherigen Besitzer. Betrachten wir zunächst den ersteren Fall und prüfen wir für ihn, ob eine Stellvertretung nach den Grundsätzen des § 164 BGB möglich ist.

§ 854 Abs. 1 erfordert für die Erlangung des Besitzes einen objektiven, äußeren Zustand: die tatsächliche Gewalt des Erwerbers über die Sache. Das Wesen des Besitzes ergibt sich demnach daraus, was unter dieser „tatsächlichen Gewalt" zu verstehen ist. Nach Wolff[11]) ist die Frage, ob einer Person die tatsächliche Herrschaft über eine Sache zusteht, nach der „Verkehrsanschauung" und nach dem „gemeinen Bewußtsein" zu beurteilen. Die Ansicht Jungs[12]) geht dahin, daß es weder erforderlich sei, daß die Gewaltbeziehung des Betreffenden so eng ist, daß er die Sache jederzeit körperlich erfassen kann, noch daß in allen Fällen die körperliche Beziehung zu dem Gegenstand allein genügt. Notwendig ist nach Rosenberg[13]) eine „tatsächliche Beziehung zu den Rechtsobjekten, die dem gegenwärtigen, durch moralische und ethische Anschauungen geläuterten, durch Rechtsnormen beeinflußten Gemeinbewußtsein als tatsächliches Machtverhältnis erscheint". Wesentlich für die vorliegende Untersuchung ist, daß das Wesen des Besitzes bestimmt wird durch eine Beziehung tatsächlicher, äußerer Art, nämlich entweder das räumlich enge, körperliche Herrschaftsverhältnis oder, wenn dieses nicht vorliegt, ein Machtverhältnis anderer Art, das seinen Ursprung in dem gemeinsamen Bewußtsein der in der sozialen Gemeinschaft verbundenen Rechtsgenossen von der Zugehörigkeit von Sachen zu Personen hat. Ueber die Streitfrage, ob neben der tatsächlichen Beziehung zu der Sache auch noch ein „Wille" der Erlangung des Besitzes notwendig ist, kann hier hinweggegangen werden; denn selbst die Schriftsteller[14]),

---

[11]) A. a. O. § 5 III S. 16.

[12]) Bürgerliches Recht S. 924.

[13]) Das Sachenrecht zu § 854 I, 1. Vgl. auch Biermann, Sachenrecht zu § 854, 2; ferner Goetz a. a. O. S. 37, Trendelenburg a. a. O. S. 29 ff., Hay a. a. O. S. 26, Gotthilf a. a. O. S. 23, Wilcke a. a. O. S. 21.

[14]) Vgl. Hempel a. a. O. S. 13 f.

die die Ansicht vertreten, daß eine Besitzerlangung ohne Willen nicht denkbar ist, sind der Meinung, daß dieser „Wille" rein tatsächlicher und nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist. Demnach besteht kein Zweifel, daß ein Wille im Sinne des römischen und gemeinen Rechts zum Besitzerwerb nicht notwendig ist. Wenn das römische Recht zwei Arten von Besitzern unterschied, nämlich die Possessoren und die Detentoren, so steht fest, daß das BGB nur noch einen Besitzer kennt, den Inhaber der oben näher umschriebenen tatsächlichen Gewalt. Während nach römischem Recht zum eigentlichen „juristischen" Besitz nicht nur die tatsächliche Sachherrschaft, sondern auch noch der animus possidendi, der rechtsgeschäftliche Wille zum Eigenbesitz erforderlich war, und beim Fehlen des letzteren lediglich Detention vorlag, gibt es nach BGB nur noch einen Besitzer, den Inhaber der tatsächlichen Gewalt im Sinne des § 854 Abs. 1. Das Ergebnis unserer Untersuchung, das dahin geht, daß der Besitzerwerb nach geltendem Recht ein rein tatsächlicher Vorgang, eine bloße Aenderung der räumlichen Beziehung zwischen Sache und Person ist, führt unmittelbar zur Verneinung der Frage, ob die Stellvertretungsgrundsätze auf den Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1 Anwendung finden können. Eine Stellvertretung gemäß § 164 kann stattfinden bei der Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen. Hierunter sind nur solche Aeußerungen zu verstehen, „deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines rechtlich erheblichen Geschäftswillens bedient"[15]). Fehlen solche Willenserklärungen einem rechtlich bedeutsamen Vorgang, so ist für die Anwendung der rechtgeschäftlichen Vertretung kein Raum[16]). Ein Besitzerwerb durch Stellvertreter würde dem Gedanken des § 854 Abs. 1 BGB widersprechen. Der mit dem Willen, für seinen Prinzipal den Besitz zu erwerben, auftretende Stellvertreter würde in dem Augenblick der Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache s e l b s t den Besitz erwerben, ohne dazu in der Lage zu sein, durch seinen abweichenden Willen dem Besitzerwerb eine andere Richtung zu geben[17]). Nicht als begehrte Rechtswirkung, sagt deshalb mit Recht Jung[18]), sondern als Folge der Aenderung der tatsächlichen Verhältnisse tritt der Besitzwechsel ein.

In dem im § 854 Abs. 2 geregelten zweiten Fall des Besitzerwerbs liegt zwar auf Seiten des Erwerbers bereits die Möglichkeit zur Ausübung der Sachherrschaft vor, jedoch fehlt noch die in dem inneren Eingestelltsein des Besitzers und der Anerkennung des oder der Rechtsgenossen begründete soziale Zugehörigkeitsbeziehung. Diese wird dadurch hergestellt, daß sich beide Parteien über den Er-

[15]) Vgl. über den Begriff die eingehenden Ausführungen von Manigk a. a. O. S. 151.

[16]) So übereinstimmend Eger a. a. O. S. 5, Sauer a. a. O. S. 6, Hay a. a. O. S. 29, Gotthilf a. a. O. S. 32, Hempel a. a. O. S. 14.

[17]) Vgl. Trendelenburg a. a. O. S. 26 und F. Leonhard a. a. O. S. 70.

[18]) Der Eigentumsübergang . . . S. 183 ff.

werb „einigen". Die Rechtsnatur dieser Einigung ist streitig. Auf der einen Seite wird die Meinung vertreten, daß die Einigung durch sich deckende rechtsgeschäftliche Willenserklärungen zustande käme[19]). Andere Schriftfteller verneinen die rechtsgeschäftliche Natur der Einigung und erblicken in dem Willen des Veräußerers, bezw. dem des Erwerbers lediglich eine natürliche innere Willenseinstellung zu der Sache. So sieht Jung[20]) in der Einigung des § 854 Abs. 2 auf der Seite des Veräußerers lediglich eine „geistige Räumung", d. h. eine Aufgabe des Besitzwillens in dem Sinne eines Zugehörigkeitsbewußtseins, und auf Seiten des Erwerbers ein bloßes „Ergreifen mit dem Willen". Diese geistigen Beziehungen, die hier zur Veränderung der Besitzlage führten, seien „nicht etwa rechtsgeschäftlicher Art, sondern dieser Wille ist dann vorhanden, wenn der Betreffende seelisch zu einer derartigen Lebensäußerung fähig ist".

Aus folgenden Gründen ist der letzteren Ansicht der Vorzug zu geben. Unter einer Willenserklärung im technischen Sinne hatten wir nur solche zur Wahrnehmung bestimmten Aeußerungen verstanden, die bestimmt und geeignet sind, einen rechtlich erheblichen Geschäftswillen kungzugeben[21]). Ein solcher Geschäftswille ist wohl zu unterscheiden von dem außerhalb rechtlich bedeutsamer menschlicher Vorgänge in weitem Umfange zum Ausdruck kommenden n a t ü r l i c h e n Willen, der keine weitere Voraussetzung wirksamer Betätigung hat, als bewußte Wollenstätigkeit. und der von Minderjährigen und Volljährigen gleichmäßig wirksam betätigt werden kann. Ein solcher natürlicher Wille läuft häufig einer bloßen Bewußtheit bestimmter Umstände parallel. So hat jemand, der eine Sache nicht durch körperliche Sachherrschaft, sondern auf Grund einer Zugehörigkeitsbeziehung besitzt, das Bewußtsein, daß die Sache an seinen Persönlichkeitskreis gebunden ist, und daneben den natürlichen Willen, diesen Zustand aufrecht zu erhalten. Dieser Wille setzt eine Reife des Denkens nicht voraus. Das Kind kann ihn ebenso haben wie der Erwachsene. Wird der natürliche Wille fallen gelassen, so ist dies nichts weiter als das Aufgeben der geistigen Herrschaftsbeziehung zu dem fraglichen Gegenstand. Ein Geschäftswille ist hierzu nicht nötig. Wenn ein Geschäftswille aber nicht erforderlich ist, so kann bei den die Rechtfolge des § 854 Abs. 2 auslösenden Vorgängen von Willenserklärungen in dem oben bestimmten Sinne nicht gesprochen werden. Somit entfällt auch hier die Anwendbarkeit der Stellvertretungsgrundsätze.

Wir haben gesehen, daß eine Stellvertretung auf dem Wege über die §§ 164 ff. BGB beim Besitzerwerb nicht möglich ist. Auf andere Weise kann jedoch ein Besitzerwerb durch Mittler erfolgen. Auf

---

[19]) So die herrschende Meinung, vgl. die angeführte Literatur bei Wolff a. a. O. §. 11, II Anm. 7.

[20]) Bürgerliches Recht S. 925.

[21]) Vgl. S. 45 dieser Arbeit.

Grund der §§ 855, 868 BGB kann ein Besitzerwerb durch fremde Personen erfolgen, wenn bestimmte, äußere, im Gesetz festgelegte, objektive Merkmale vorliegen.

§ 855 bestimmt für den Fall, daß jemand „die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat", daß nur der Andere Besitzer sein soll. Der hier auftretende Mittler, allgemein Besitzdiener genannt, erwirbt also unter den im Gesetz bezeichneten Voraussetzungen unmittelbar seinem Herrn. Unabhängig von seinem Willen, für den Geschäftsherrn zu erwerben, führt die sachenrechtliche Spezialregel des § 855 Fremdwirkung herbei, wenn objektiv bestimmte Umstände vorliegen[22]). Hier zeigt sich mit aller Deutlichkeit der Unterschied zwischen dem römischen Besitzrecht, das den Rechtserfolg an den Besitzwillen knüpfte, und dem Recht des BGB, das nicht nur beim Besitzerwerb, sondern grundsätzlich im Sachenrecht überhaupt das Schwergewicht auf die rechtlich erheblichen objektiven, äußeren Merkmale legt[23]). Erlangt eine zu einem Anderen in einem Verhältnis sozialer Unterordnung[24]) befindliche Person bei einem Tätigwerden innerhalb ihres Aufgabenkreises die tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 BGB über eine Sache, so wird damit der Geschäftsherr Besitzer. Es tritt also unmittelbare Fremdwirkung unter Ausschluß der Eigenwirkung in der Person des Besitzdieners ein. Insofern kann man von einer „vertretungsähnlichen Erscheinung" sprechen[25]).

Eine zweite Möglichkeit der Fremdwirkung beim Besitzerwerb bietet § 868 BGB:

> „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer."

Auch hier sind objektive Merkmale maßgebend dafür, ob der Geschäftsherr Besitzer durch einen Mittler wird. Es muß ein den Verhältnissen der Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. ähnliches Rechtsverhältnis vorliegen. Ist dieser äußere Umstand gegeben, so sind der auf Zeit Berechtigte oder Verpflichtete u n d der Geschäftsherr Besitzer. Den Letzteren nennt man, da ein Anderer ihm den Besitz vermittelt, mittelbaren und den Mittler unmittelbaren Besitzer. In der Tatsache, daß beide Besitzer sind, liegt ein wichtiger Unterschied zu § 855[26]), bei dem eine Eigenwirkung nicht stattfindet. Die Frage, was

---

[22]) Trendelenburg a. a. O. S. 28; F. Leonhard a. a. O. S. 70; Fuchs a. a. O. S. 46.

[23]) Vgl. Bruns a. a. O. S. 150.

[24]) Vgl. Rosenberg, Sachenrecht I, 1 S, 44; Wolff a. a. O. § 6, III.

[25]) Schindler a. a. O. S. 22.

[26]) v. Kupsch a. a. O. S. 14.

unter einem „ähnlichen Verhältnis" im Sinne des § 868 zu verstehen sei, wird verschieden beantwortet. Staudinger[27]) sieht das Merkmal darin, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz von dem mittelbaren Besitzer derart abgeleitet haben muß, daß der Besitz von diesem mit dessen Willen an jenen gekommen sein muß. Diese Auffassung dürfte deshalb zu eng sein, weil sie alle die Fälle außerhalb des Rahmens des § 868 lassen würde, in denen keine Verschiebung des unmittelbaren Besitzverhältnisses von dem mittelbaren Besitzer auf den Mittler erfolgt ist. Ebenfalls zu eng ist die Ansicht, daß der Besitz dem unmittelbaren von dem mittelbaren Besitzer „anvertraut" sein müsse[28]). Eine mehrfach vertretene Ansicht[29]) sieht das Kriterium der „Aehnlichkeit" darin, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz des mittelbaren Besitzers anerkennt. Hiergegen wird mit Recht eingewendet[30]), daß auf das subjektive Merkmal der Anerkennung deshalb nicht abgestellt werden kann, weil der mittelbare Besitz gemäß § 870 BGB unabhängig von dem Willen des unmittelbaren Besitzers übergehen könne, und außerdem der innere Wille des unmittelbaren Besitzers etwas zu Unbestimmtes darstelle, so daß in einem Streitfalle bei seiner Feststellung erhebliche Schwierigkeiten entstehen könnten. Zu unbestimmt ist die Kennzeichnung, daß dem Begriff der „Aehnlichkeit" eine „abgeschwächte Machtbeziehung" des Geschäftsherrn zu der Sache wesentlich sei[31]). Die richtige Erweiterung der Ansicht, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz vom mittelbaren abgeleitet haben müsse, bringt F. Leonhard[32]), der die Meinung vertritt, daß den Verhältnissen des § 868 wesentlich ist, daß ein Vermögensopfer auf Seiten des mittelbaren Besitzers stattgefunden haben muß. Dieses Vermögensopfer bestehe entweder in der Ueberlassung des Besitzes oder in der Entstehung einer Schuld, wenn z. B. A den B beauftragt, einen Gegenstand für ihn zu kaufen, B den Auftrag ausführt und dafür Geld auslegt.

Entscheidend für das Vorliegen eines Verhältnisses nach § 868 scheinen uns folgende Merkmale zu sein. Aus dem Wortlaut des Gesetzes, das besagt, daß der unmittelbare Besitzer dem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt sein muß, folgt zunächst ohne weiteres als Voraussetzung die Berechtigung oder Verpflichtung des Mittlers zum Besitz auf Zeit. Das zweite Merkmal steht diesem gegenüber und folgt logisch aus ihm: der Anspruch des mittelbaren Besitzers, die Sache nach Ablauf der dem unmittelbaren Besitzer zu-

---

[27]) A. a. O. I, 2, b zu § 868, S. 67; Biermann, Sachenrecht 2c zu § 868; Crome a. a. O. § 345 I b; Hempel a. a. O. S. 17.

[28]) Strohal a. a. O. S. 20; Endemann, Lehrbuch, 3./5. Aufl., § 32 S. 126 f.

[29]) Langen a. a. O. S. 94; Gotthilf a. a. O. S. 52.

[30]) Engel a. a. O. S. 21; Isay a. a. O. S. 276; Aravantinos a. a. O. S. 115.

[31]) Sauer a. a. O. S. 14.

[32]) A. a. O. S. 61; ebenso v. Kupsch a. a. O. S. 15.

stehenden Besitzzeit von diesem herauszuverlangen[33]). Zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer muß demnach irgend ein Rechtsverhältnis bestehen, das das Eintreten der bezeichneten Merkmale als Rechtsfolgen auslöst. Wie dieses Rechtsverhältnis beschaffen ist, ist gleichgültig. Es kann sich als Auftrag oder Kommissionsverhältnis ebenso darstellen wie als Miete, Pacht oder Nießbrauch[34]). —

Bei unserer Untersuchung über die Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze beim dinglichen Erwerb haben wir die aus der doppelten Voraussetzung des Eigentumserwerbs gemäß § 929 BGB sich zunächst stellende Frage nach der Möglichkeit einer Stellvertretung beim Besitzerwerb verneint. Wir haben gefunden, daß an die Stelle der allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. die sachenrechtlichen Spezialregeln der §§ 855, 868 treten und beim Vorliegen bestimmter äußerer Merkmale den Besitzerwerb durch Mittler ermöglichen. Das zweite Erfordernis des Eigentumsüberganges nach § 929 war neben der Besitzverschaffung, der Uebergabe, die Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber über den Uebergang des Eigentums. In bezug auf diese zweite Voraussetzung ist ebenfalls zu untersuchen, ob die Regeln der Stellvertretung gemäß den §§ 164 ff. BGB angewandt werden können.

Die Rechtsnatur der Einigung ist streitig. Es stehen sich zwei Meinungen gegenüber, von denen die eine behauptet, die Einigung sei für sich ein sachenrechtlicher Vertrag, ein in sich geschlossenes Rechtsgeschäft[35]), und die andere die Natur der Einigung als selbständiges Rechtsgeschäft deshalb leugnet, weil sie Rechtswirkungen nur in Verbindung mit der Uebergabe hervorzurufen in der Lage ist[36]). Wir halten die Einigung allein nicht für ein Rechtsgeschäft. Das Vorliegen eines solchen setzt immer voraus, daß sich seine Rechtsfolgen nach dem Inhalt der in ihm enthaltenen Willenserklärungen richtet; hier aber richten sich die Rechtsfolgen der Einigung nicht nur nach den in ihr enthaltenen Willenserklärungen, sondern auch nach dem Eintreten des anderen Erfordernisses des § 929, der Uebergabe. Jedoch gewinnt der Streit hier keine Bedeutung. Unstreitig ist, daß die Einigung aus Willenserklärungen besteht. Die Erklärungen der Parteien sind zweifellos Aeußerungen zum Zwecke der Kundgebung eines rechtlich bedeutsamen Geschäftswillens. Hieraus folgt die Anwend-

---

[33]) RG-Räte-Kommentar Bd. 3 Anm. 3 zu § 868 S. 24; Engel a. a. O. S. 22; Goetz a. a. O. S. 43; vgl. auch Bührig a. a. O. S. 18.

[34]) Hay a. a. O. S. 46.

[35]) Planck a. a. O. zu § 929, 3α; Endemann a. a. O. Bd. 2 S. 88; F. Leonhard a. a. O. S. 17.

[36]) Wolff a. a.O . § 66 I, 1; Bruck a. a. O.; Eccius in Gruchot Bd. 47 S. 51 ff. Aus einem anderen Grunde wird die Rechtsnatur der Einigung als Vertrag geleugnet bei Jung, Der Eigentumsübergang . . . S. 225: der Eigentumserwerb trete nicht als gewollte Rechtswirkung rechtsgeschäftlicher Erklärungen ein, sondern nach gesetzlichen Voraussetzungen. Wie Jung auch Wilcke a. a. O. S. 27.

barkeit der Stellvertretungsgrundsätze auf die Einigung. Die die Einigung bildenden Erklärungen können gemäß § 164 BGB durch Stellvertreter abgegeben und entgegengenommen werden[37]).

## § 12.

## Keine Anwendbarkeit des § 164 Abs. 2 BGB beim Eigentumserwerb in den Regelfällen der traditio in incertam personam.

Die Fälle, in denen sich jemand eines Stellvertreters zum dinglichen Erwerb bedient, sind im Verkehr außerordentlich häufig. Sowohl der bürgerliche als auch der Rechtsverkehr des Handels bietet eine Fülle von Beispielen, in denen Mittler zwischen den Veräußerer und den Erwerber eingeschaltet werden. Die Hausfrau schickt ihr Dienstmädchen auf den Markt, der Freund wird gebeten, ein Buch zu besorgen, der Handel bedient sich des Kommissionärs, des Agenten und anderer Geschäftsmittler. Das Verhalten all dieser Stellvertreter kann verschieden sein: entweder erklären sie dem Dritten, die betreffenden Gegenstände für ihren Geschäftsherrn erwerben zu wollen, oder sie äußern lediglich den Wunsch, erwerben zu wollen, ohne zu sagen oder durchblicken zu lassen, ob für sich oder einen Anderen. In den weitaus meisten Fällen, besonders denen des täglichen Lebens, wird der Vertreter den Dritten im Unklaren über die Person des Erwerbers lassen. Das Dienstmädchen pflegt nicht regelmäßig bei jedem Einkauf dem Verkäufer zu erklären: ich will das Eigentum an diesen Gegenständen für Frau X. erlangen, und der Freund, der für den Freund ein Buch besorgt, hat im Buchladen keinen Anlaß, den Namen des Erwerbers kundzugeben. In diesen Fällen erhebt sich die außerordentlich bedeutsame Frage, ob, nachdem die grundsätzliche Anwendbarkeit der Stellvertretungsgrundsätze auf den dinglichen Erwerb bejaht wurde, auch § 164 Abs. 2 BGB Anwendung finden muß, wenn der Vertreter dem Kontrahenten seine Eigenschaft als Mittler nicht offenbart. Wie diese Frage beantwortet wird, ist von besonders weittragender Bedeutung bei einem Todes- oder Konkursfall in der Person des Vertreters, wenn es sich also darum handelt, ob der übereignete Gegenstand in die Erb- oder Konkursmasse gehört.

Der Streit über dieses Problem reicht weit in das gemeine Recht. Hier galt zunächst die konsequente Erklärungstheorie[38]), die nicht nur bei den obligatorischen, sondern auch bei den dinglichen Geschäften lediglich das Erklärte berücksichtigte, und so den Vertreter, der sich nicht als solcher ausgab, stets zum Eigentümer machte. Gegen die Anwendung des Offenheitsprinzips beim Eigentumserwerb

[37]) Uebereinstimmend: F. Leonhard a. a. O. S. 2; Gotthilf a. a. O. S. 63 f.; v. Kupsch a. a. O. S. 20; Beer a. a. O. S. 26; Hay a. a. O. S. 58; Sauer a. a. O. S. 23.

[38]) Vor allem Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 324 ff.

wandte sich zum ersten Mal Bremer[38]). Er behauptete, daß es nicht auf die Offenlegung des Vertreterwillens ankomme, sondern vielmehr die Richtung des Erwerbs nur durch den inneren Willen des Vertreters bestimmt werde. Regelmäßig habe der Veräußerer an der Person des Erwerbers kein Interesse; nur wenn dieses doch ausnahmsweise einmal der Fall sei, käme nicht der innere, sondern der erklärte Wille in Betracht. Bremer hat hinsichtlich seiner Meinung, daß es dem Veräußerer häufig gleichgültig sein werde, wer das Eigentum erlange, viel Zustimmung gefunden. Dagegen wurde der positive Teil seiner Ansicht, daß nämlich der innere Wille des Vertreters für die Richtung des Erwerbs entscheidend sei, in der Folge heftig umstritten.

Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß tatsächlich in einer außerordentlich großen Anzahl von Fällen der Veräußerer kein Interesse an der Person des neuen Eigentümers hat. Beim Barkauf des täglichen Lebens wäre der Käufer mit Recht erstaunt, wenn ihn der Verkäufer fragen würde, ob er den Gegenstand für sich selbst oder einen Anderen erwerben wolle. Der Kaufmann selbst wird sich kaum mit dem Gedanken beschäftigen, wer der neue Eigentümer sein wird. Er hat sein Geld erhalten und gibt die Ware fort, entäußert sich ihrer[40]).

Ob ein solcher Fall der traditio in incertam personam vorliegt oder nicht, müssen die objektiven Umstände in ihrer Gesamtheit ergeben. Tradiert der Veräußerer in incertam personam, so stellen sich die bei der Uebereignung abgegebenen Erklärungen folgendermaßen dar. Der Veräußerer erklärt dem Kontrahenten gegenüber: Ich entäußere mich dieser Sache; wer sie erwirbt, ist mir gleichgültig, du magst sie entweder behalten oder selbst nach deinem Belieben einen Erwerber bestimmen. Der dem Dritten als solcher nicht kenntliche Vertreter erklärt demgegenüber: ich ergreife die Sache für meine Zwecke, d. h. für mich oder einen Anderen. Die Parteien sind sich auf diese Weise einig darüber, daß das Eigentum schlechthin übergehen solle; auf wen, bleibt offen. Dieses Offenlassen der Person des Erwerbers hindert nicht den Uebergang des Eigentums nach § 929. Wenn man auch der Aenderung des § 929, der ursprünglich verlautete: „ . . . und beide darüber einig sind, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll", nur redaktionelle Bedeutung beilegt[41]), so folgt doch aus der Fortlassung der Worte „auf den Erwerber" mindestens, daß der Gesetzgeber eine Einigung der Parteien über die Person des Erwerbers nicht als einen Vertragsbestandteil wissen wollte, dessen Fehlen den Eigentumsübergang hindern würde.

Wollte man § 164 Abs. 2 BGB auf die wie wir gesehen haben wirksame Einigung bei der traditio in incertam personam deshalb an-

[38]) A. a. O. Bd. 20 S. 45.
[40]) Vgl. Seeba a. a. O. S. 53.
[41]) Protokolle S. 194 f. Vgl. auch Zimmer a. a. O. S. 16, der die Aenderung für bedeutungslos hält.

wenden, weil der Vertreter entgegen dem den § 164 beherrschenden Offenheitsprinzip seine Eigenschaft als Mittler nicht kundgetan hat, so würde der Vertreter Eigentümer der Sache werden. Ein neuer Eigentumsübertragungsakt wäre notwendig, um den Vertretenen zum Eigentümer zu machen. Dieser Rechtserfolg würde eintreten gegen den Willen des Vertretenen und des Vertreters und ohne daß irgend jemand ein Interesse an ihm hätte. Weder dem kontrahierenden Dritten, noch sonst irgend einem Anderen liegt daran, daß ein anderer Rechtserfolg als der von dem Vertretenen und dem Vertreter gewünschte eintritt.

Die Nichtanwendung der § 164 Abs. 2 läßt sich auf folgende Weise rechtfertigen. Wie die Betrachtung des Zweckes des § 164 Abs. 2[42]) ergeben hatte, war diese Vorschrift dazu bestimmt zu verhindern, daß die Haftung der als verdeckter Stellvertreter auftretenden Vertragspartei dem Dritten dadurch entzogen wird, daß jener von der Möglichkeit der Anfechtung Gebrauch macht und so die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführt, das der Dritte in dem guten Glauben, es mit einer im eigenen Namen und eigenen Interesse auftretenden Partei zu tun zu haben, abgeschlossen hat. Der Kaufmann, der einem Kontrahenten einen Gegenstand verkauft, soll auf jeden Fall auch von diesem sein Geld verlangen können und nicht in die Lage versetzt werden, sich an einen unbekannten Geschäftsherrn halten oder bei Anfechtung des in Anspruch genommenen Kontrahenten die Ware zurücknehmen zu müssen. Das Interesse der Partei ist also darauf gerichtet in o b l i g a t o r i s c h e r Hinsicht in der Weise gesichert zu sein, daß der im eigenen Namen handelnde Kontrahent durch die bloße Tatsache seiner Eigenschaft als verdeckter Stellvertreter keine Lösungsmöglichkeit der schuldrechtlichen Beziehung hat. Die Frage, ob das Interesse des Dritten an der Person des Kontrahenten beim d i n g l i c h e n Geschäft ebenfalls in allen Fällen in derselben Weise wie beim obligatorischen Geschäft gegeben ist, hatten wir verneint. Bei einer traditio in incertam personam ist es dem Veräußerer gleichgültig, wer das Eigentum an dem Gegenstand erlangt, da sich das Interesse an der Durchsetzung des Anspruchs auf den Gegenwert völlig erschöpft. Damit entfällt der Schutzzweck des § 164 Abs. 2. Wenn feststeht, daß der Dritte beim dinglichen Geschäft keinen Schutz in der Form des durch § 164 Abs. 2 gewährten braucht, so erübrigt sich ein solcher ohne weiteres. Wenn überhaupt von einem schutzwürdigen Interesse bei der Uebereignung in incertam personam gesprochen werden kann, so n u r von einem solchen auf Seiten des Vertretenen, nicht auf Seiten des Dritten. Dem Vertretenen liegt daran, Eigentümer zu werden. Diesem Interesse des Geschäftsherrn kann § 164 Abs. 2 nicht dienen[43]). Die Vorschrift

[42]) S. 37 ff. dieser Arbeit.
[43]) Goetz a. a. O. S. 15.

darf daher nur beim Verpflichtungsgeschäft, nicht aber bei der dinglichen Uebertragung, bei der die Interessenlage eine gänzlich andere ist, Anwendung finden[44]).

Bei einer Uebereignung in incertam personam findet also § 164 Abs. 2 keine Anwendung. Damit ist gesagt, daß der Umstand der verdeckten Stellvertretung auf die Richtung des Eigentumserwerbs ohne Einfluß ist. Weiter zu untersuchen ist demnach, welche Umstände es sind, die die Person des Erwerbers bestimmen. Hierüber sind in der Literatur eine Reihe von verschiedenen Meinungen zu finden, die im folgenden dargestellt seien.

Es war bereits gesagt worden[45]), daß Bremer die Ansicht vertreten hatte, daß der innere Wille des Vertreters ausschlaggebend für die Richtung des Erwerbs sei. Zur Bestimmung dieses Willens wollte Bremer[46]) die äußeren Umstände und das Verkehrsinteresse heranziehen. Gegen diese Ansicht ist von zahlreichen Schriftstellern mit Recht eingewandt worden, daß der innere Wille wegen seiner Unbestimmtheit und der Schwierigkeit, ihn im Streitfall einwandfrei festzustellen, nicht maßgebend sein könne, und daß objektive Momente für die Bestimmung der Person des neuen Eigentümers entscheidend seien.

Dieses objektive Merkmal sieht Ihering in seinem 1889 erschienenen Buche „Der Besitzwille" unter Aufgabe seiner früheren Ansicht, daß bei verdeckter Stellvertretung stets Eigenwirkung eintreten müsse, in dem jeweiligen Interesse des Vertreters. Je nachdem ob dem Vertreter daran gelegen sei, in dem empfangenen Gegenstand eine Sicherheit für etwaige Auslagen dem Geschäftsherrn gegenüber zu haben, oder ob seine Interessen keines Schutzes bedürften, ginge das Eigentum auf ihn oder auf den Vertretenen über[47]).

Gegen die Interessentheorie Iherings nimmt die sog. Kausaltheorie Lehnels[48]) in folgender Weise Stellung. Entscheidend können nicht die subjektiven, konkreten Interessen des Vertreters sein, sondern nur die „typischen Interessen". Der Richter könne, sagt Lenel, nicht in jedem Falle das in bestimmter Form schwer feststellbare konkrete Interesse prüfen. Wie überall im Rechtsleben, müsse auf das den einzelnen Verkehrsformen entsprechende Typische zurückgegangen werden. Der Eigentumserwerb nehme die Richtung, die dem in Fällen, wie der gegebene, regelmäßig vorliegenden typischen Interesse entspräche. Bestimmend für dieses sei das zwischen den Parteien bestehende Kausalverhältnis. Erwirbt der Vertreter im Auf-

---

[44]) So auch Staudinger a. a. O. Bd. 3, IV 2 bβ zu § 929 S. 447; Cosack a. a. O. Bd. 2, § 198 S. 132; Langen a. a. O. S. 98 ff.; Staub a. a. O. Bd. 3 S. 576; Endemann a. a. O. Bd. 2 S. 520, 526.

[45]) S. 55 dieser Arbeit.

[46]) A. a. O. Bd. 20 S. 34 ff.

[47]) v. Kupsch a. a. O. S. 26 f.

[48]) A. a. O. S. 54.

trag des Vertretenen auf Grund eines für d i e s e n bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, so erwirbt er für den Vertretenen. Findet der Erwerb jedoch statt auf Grund eines für den Vertreter selbst bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, so erwirbt dieser, auch wenn er im Auftrag und im Interesse des Anderen handelt, für sich selbst[49]).

Mit Lenel stellt sich auch F. Leonhard[50]) auf den Standpunkt, daß nicht der innere Wille des Vertreters für die Richtung des Erwerbs entscheidend sei. Jedoch verbessert F. Leonhard die Theorie Lenels insofern, als er zwar auch auf das Kausalverhältnis zurückgeht, dieses aber nur zur Auslegung heranzieht und zunächst die zwischen den Parteien getroffenen Vertragsbestimmungen berücksichtigt. Nur dann, wenn die Erklärungen der Kontrahenten keine Anhaltspunkte ergäben, greife die Auslegungsregel Platz, nach der der Veräußerer im Zweifel an den Gläubiger im Kausalverhältnis übertrage[51]). Das Interesse des Uebertragenden an dieser Veräußerungsrichtung sei deshalb gegeben, weil er mit der Verschaffung des Eigentums den Zweck verfolge, sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

Die von F. Leonhard gegebene Auslegungsregel ist allerdings nur verwendbar, wenn bei dem Veräußerer im Augenblick der Eigentumsübertragung ein auslegungsfähiger Wille überhaupt vorhanden war. In allen Fällen, in denen sich der Veräußerer bei der Entäußerung der Sache schlechthin gar keine Gedanken über die Richtung der Weggabe macht, in denen ihm also irgend ein Wille in bezug auf die Person des Erwerbers völlig fehlt, ist die Theorie F. Leonhard's nicht ausreichend[52]).

Wie Lenel und F. Leonhard wandte sich auch Rümelin gegen die Willenstheorie. Er ging aus von dem schon von Ihering vertretenen Gedanken der Bedeutung des Interesses der Beteiligten. Der Veräußerer, führt er aus, habe kein Interesse an der Person des Erwerbers, wenn er an „den, den es angeht", tradiere. Dagegen liege dem Vertretenen und dem Vertreter daran, daß der Eigentumserwerb sich so vollzieht, wie es dem zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnis entspricht. Entscheidend sei also die beiderseitige Interessenlage von Geschäftsherrn und Mittler[53]). Diese offenbare sich in dem objektiven Sinn der Vertreterhandlung, der dahin gehe, den Eigentumserwerb so eintreten zu lassen, wie es dem zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter bestehenden Innenverhältnis entspricht. Objektiv ist aus den tatsächlichen Abmachungen zwischen Herrn und Mittler, ferner daraus, welches Verhalten des Vertreters die Verkehrsauffassung nach

[49]) Lenel a. a. O. S. 57 ff.
[50]) A. a. O. S. 36.
[51]) F. Leonhard a. a. O. S. 36; ebenso Hay a. a. O. S. 63 und Gotthilf a. a. O. S. 80.
[52]) So auch v. Kupsch a. a. O. S. 29; Rümelin a. a. O. S. 232.
[53]) Rümelin a. a. O. S. 238.

Treu und Glauben verlange, zu ermitteln, ob die Fremdwirkung in der Person des Vertretenen oder die Eigenwirkung das „praktikablere" Ergebnis sei. Auf diese Weise könne eine Ausschaltung „frauduloser Absichten"[54]) des Vertreters erreicht werden. Erheischt nämlich die objektive Interessenlage Fremdwirkung und eignet sich der Vertreter trotzdem die Sache zu, so begeht er Unterschlagung[55]).

In seiner Abhandlung über den Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf vertritt Jung die Ansicht, daß allein maßgebend für die Richtung des Eigentumserwerbs der Wille des Empfängers sei. Er begründet diese Meinung zunächst für den Fall der traditio in incertam personam folgendermaßen: Es sei unzweifelhaft, daß die Gültigkeit der Eigentumsübertragung durch die Unbestimmtheit der Person des Erwerbers nicht beeinflußt werden könne. Wenn es dem Tradent gleichgültig ist, wer der neue Eigentümer wird, so ziehe er lediglich „seinen Besitz- und Eigentümerwillen aus Anlaß der Uebergabe der Sache zurück, und was dann geschieht, überläßt er dem Empfänger". Dieser könne die Richtung des Erwerbs dann bestimmen. Aber auch dann, wenn der Tradent in certam personam übertragen wollte, sei sein Wille unbeachtlich, es sei denn, daß die Person des Erwerbers zum Vertragsinhalt gemacht worden ist und bei Nichteinigung Dissens und damit Nichtigkeit des Vertrages vorliegt. Die bloße Tatsache, daß der Wille des Veräußerers von dem des Empfängers abweiche, genüge nicht, um einen dem Willen des letzteren nicht entsprechenden Erwerb stattfinden zu lassen. § 929 BGB verlange lediglich eine Einigung darüber, daß das Eigentum übergehen solle; auf wen, werde nicht durch die Einigung bestimmt. Ausdrücklich seien im Text des § 929 die im 1. Entwurf des BGB[56]) noch vorgesehenen Worte „auf den Erwerber" in Fortfall gekommen. Die Person des neuen Eigentümers werde vielmehr festgelegt durch die Uebergabe. Für die Frage aber, welche Person den Besitz erwirbt, könne nur das Verhalten des Empfängers, nicht das des Tradenten maßgebend sein[57]).

Vor einer abschließenden Stellungnahme sei im folgenden noch die Ansicht des Reichsgerichts zu der behandelten Frage dargestellt. Der Entscheidung RG 100, 190 ff. liegt folgender Tatbestand zu Grunde: Der Kläger hatte mit seiner damaligen Braut, seiner späteren Ehefrau, in einer Möbelfabrik zur Ausstattung bestimmte Möbel ausgesucht und bestellt. Die Möbelfabrik hat die Möbel an den Kläger

---

[54]) Rümelin a. a. O. S. 241.

[55]) Wie Rümelin auch Rosenstock a. a. O. S. 34.

[56]) Vgl. § 874 des Entwurfs.

[57]) Jung, Der Eigentumsübergang . . . S. 196. Die Lehre Jungs ist vor allem in dem Punkt ihrer Begründung, daß es sich aus der Aenderung des Wortlauts des § 929 ergebe, daß sich die Parteien in allen Fällen nur in bezug auf die Tatsache des Eigentumsüberganges einig zu sein brauchten, vielfach angegriffen worden. Vgl. u. a. Langen a. a. O. S. 107.

geliefert. Später hat die Beklagte die Möbel von der von dem Kläger getrennt lebenden Ehefrau gekauft und inzwischen weiter veräußert. Der Kläger beansprucht von der Beklagten Ersatz des Wertes der Möbel, da er Eigentümer der bei der Trennung seiner Frau überlassenen Möbel gewesen sei, und die Beklagte infolge von Bösgläubigkeit kein Eigentum erlangen konnte. Das Kammergericht hielt den Anspruch des Klägers deshalb für begründet, weil bei dem Möbelankauf der Kläger, der nicht offen zum Ausdruck gebracht hätte, daß er als Stellvertreter für seine Braut handle, gemäß § 164 Abs. 2 BGB in obligatorischer und in dinglicher Hinsicht berechtigt und verpflichtet worden wäre. Das Reichsgericht gelangte unter folgender Begründung zur Aufhebung des ergangenen Urteils. Der Veräußerer habe in incertam personam tradiert. § 164 Abs. 2 käme in dinglicher Hinsicht nicht in Betracht. Für die Frage des Eigentumserwerbs bei der hier vorliegenden verdeckten Stellvertretung sei zunächst das Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und der Vertretenen zu berücksichtigen. Entscheidend für die Richtung des Erwerbs sei dann der Wille des Empfängers. Habe der Vertreter im Augenblick des Empfanges den mit dem Willen des Auftraggebers übereinstimmenden Willen, für den letzteren zu erwerben, so wird dieser Eigentümer. Daß hier der die Möbel bestellende Kläger den Willen gehabt habe, für seine Braut das Eigentum zu erwerben, müsse vermutet werden. Zwar sei die gesetzliche Vermutung des § 1381 BGB nicht anwendbar, aber der Grundgedanke der Vorschrift „lasse die tatsächliche Vermutung begründet erscheinen, daß ein Bräutigam, wenn er mit Mitteln der Braut Ausstattungsgegenstände beschafft, den Willen habe, das Eigentum für seine Braut und künftige Ehefrau zu erwerben".

Auch in einer Reihe von anderen Entscheidungen des Reichsgerichts kommt die Meinung zum Ausdruck, daß in den Fällen der traditio in incertam personam der Grundsatz der Offenheit des § 164 BGB keine Anwendung finden könne, und über die Person des neuen Eigentümers der Wille des Empfängers entscheide[58]).

Auch nach E. Cohn ist bei den „bestimmungsbedürftigen Verträgen" — so werden von ihm die Uebereignungsverträge in incertam personam bezeichnet — maßgebend für die Person des Erwerbes der Wille des Empfängers der übergebenen Sache[59]). Es wäre unrichtig, führt E. Cohn aus[60]), bei fehlendem Interesse des Veräußerers an der Person des Erwerbers das Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen entscheiden zu lassen. Dies stände im Widerspruch zu dem Offenheitsprinzip des § 164 BGB und scheitere außerdem daran, daß man sich bei einer solchen Lösung über den Inhalt

[58]) Vgl. RG 99, 208 und RGSt 19, 433.
[59]) E. Cohn a. a. O. S. 165 f.
[60]) A. a. O. S. 152 f.

der Erklärung zu Gunsten des inneren Willens der Parteien hinwegsetzen würde. Was den ersten Einwand E. Cohn's anbelangt, so geht dieser insofern fehl, als dabei übersehen wird, daß das in allen Fällen des Interesses der Partei an der Person des Vertragsgegners berechtigte Offenheitsprinzip da nicht Platz zu greifen braucht, wo ein solches Interesse überhaupt nicht vorliegt. Auch das zweite Gegenargument Cohn's schlägt nicht durch. Wenn man das Innenverhältnis für die Richtung des Erwerbs entscheidend sein läßt, so setzt man sich damit keineswegs über den Inhalt der Erklärung des Veräußerers hinweg. Der Sinn der Erklärung — oder schlüssigen Handlung — des Tradenten bei der Uebereignung der Sache ist: Ich entäußere mich dieser Sache; ich übereigne sie Dir (dem verdeckten Stellvertreter) oder irgendeinem Anderen, mit dem Du im Innenverhältnis in Beziehung stehst". Dieser Erklärung wird entsprochen, wenn man das Innenverhältnis entscheidend sein läßt. Allerdings ist Cohn insofern durchaus zuzustimmen, als er fordert, daß auch dem Mittler der notwendige Einfluß auf die Bestimmung der Person des Erwerbers eingeräumt wird. Dieser Standpunkt wird auch in der folgenden Darlegung unserer Auffassung vertreten.

Wir sind der Meinung, daß für die Richtung des Eigentumserwerbs maßgebend ist das zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter bestehende Innenverhältnis, welches beider Willen verkörpert. Weicht in dem Augenblick der Eigentumsübertragung der Wille des Vertreters von dem des Geschäftsherrn ab, so ist der Wille des ersteren dann entscheidend, wenn er nach außen irgendwie zum Ausdruck gelangt ist. Dies soll im folgenden näher begründet werden.

Auszugehen ist davon, daß ein Eigentumserwerb durch Mittler nur dann stattfinden kann, wenn ein Besitzerwerb durch Stellvertreter möglich ist, d. h. in den Fällen, in denen der Vertreter zu dem Vertretenen in einem der Verhältnisse der §§ 855 und 868 BGB steht[61]). Ist nun der Vertreter innerhalb seines Aufgabenkreises Besitzdiener, so besteht kein Zweifel, daß überhaupt nur e i n e Person als neuer Eigentümer in Frage kommt: der Vertretene. Der Besitzdiener selbst kann deshalb nie Eigentümer werden, weil er nicht den Besitz der Sache erlangt, sondern sofort den Herrn zum alleinigen Besitzer macht. Wenn aber der Besitzdiener nicht Eigentümer werden kann, so muß es notwendig der Herr werden, da ja sonst die Sache herrenlos würde[62]).

Besteht zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter ein Verhältnis nach § 868 BGB, so gibt es, anders als im Falle des § 855, z w e i Möglichkeiten des Eigentumserwerbs. Hier sind sowohl der Geschäftsherr als auch der Mittler Besitzer geworden, so daß auch

---

[61]) Vgl. S. 48 ff. dieser Arbeit.
[62]) So auch v. Kupsch a. a. O. S. 37.

beide Eigentümer werden können. In dem Abschluß des das Innenverhältnis zwischen beiden bildenden Rechtsgeschäfts kommt regelmäßig der Wille b e i d e r zum Ausdruck, daß das Eigentum auf den Vertretenen übergehen soll. Nur ausnahmsweise wird der Wille der Parteien dahin gehen, daß der Vertreter — etwa zur Sicherung von Ansprüchen gegen den Geschäftsherrn — zunächst Eigentümer werden soll. In dem in dem Rechtsverhältnis zwischen Herrn und Mittler verkörperten Willen beider liegt das entscheidende Merkmal für die Richtung des Eigentumserwerbs. Der beiderseitige Wille ist Ausdruck der Interessenlage[63]). Insofern kann auch gesagt werden, daß bei der traditio in incertam personam die in dem zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter abgeschlossenen Rechtsverhältnis zum Ausdruck kommende Interessenlage maßgebend sei.

Solange der Vertreter nicht seinen in dem Abschluß des Innenverhältnisses mit dem Geschäftsherrn bekundeten Willen, das Eigentum für diesen zu erwerben, widerlegt, muß die Vermutung bestehen, daß er im Augenblick der Eigentumsübertragung für den Vertretenen erwerben will. Aeußert also der Vertreter keinen anderweitigen Willen, so wird man immer annehmen müssen, daß er dem Sinn des zwischen ihm und dem Vertretenen bestehenden Rechtsverhältnisses entsprechend handelt und unter Ausschluß der Eigenwirkung dem Anderen das Eigentum erwirbt. Ist dies geschehen, und verwendet dann der Vertreter die Sache für sich, so hat er sich damit im Sinne von § 246 StGB eine fremde, in seinem Gewahrsam befindliche Sache zugeeignet. Neben dem Normalfall des Fremderwerbs kann jedoch nicht gegen den Willen des Vertreters der Eigenerwerb ausgeschaltet werden. Es muß diesem möglich sein, unter Abänderung seines ursprünglichen Willens, für den Geschäftsherrn zu erwerben, sich selbst zum Eigentümer zu machen. Er kann diesen Erfolg dadurch erreichen, daß er an die Stelle des Fremdwirkung herbeiführenden Merkmals der hierauf gerichteten, im Innenverhältnis zum Ausdruck gekommenen Willen des Herrn und Mittlers ein anderes, ebenfalls der Außenwelt erkennbares Merkmal setzt. Letzteres geschieht durch wahrnehmbare Offenbarung seines Willens, für sich zu erwerben. Hat der Vertreter also beim Erwerb der Sache erkennbar mit Worten oder duch schlüssiges Handeln zum Ausdruck gebracht, daß er die Sache für sich erwerben wolle, so hat er damit die Vermutung des Fortbestehens seines Willens zum Fremderwerb, der zusammen mit dem Willen des Vertretenen im Regelfall Fremdwirkung herbeiführt, widerlegt und damit Eigenwirkung ermöglicht[64]).

---

[63]) Vgl. Jung, Der Eigentumsübergang . . . S. 201: „Faktisch präzisiert sich im Leben der rechtsgeschäftliche Wille nur durch das Interesse und soweit dieses geht."

[64]) Hiermit wird der Vertreter in der Regel gegen seine obligatorischen Verpflichtungen gegen den Vertretenen verstoßen und sich diesem u. U. schadensersatzpflichtig machen.

Wir kommen demnach zu folgendem Ergebnis:

In Fällen zustehender Vertretungsmacht hat die Vertreterhandlung trotz der für den Dritten fehlenden Erkennbarkeit des Rechtsgeschäfts als Mittlergeschäft Fremdwirkung dann zur Folge, wenn

1. zwischen dem Geschäftsherrn und dem Mittler ein Innenverhältnis gemäß den §§ 855, 868 BGB besteht,
2. der Dritte in incertam personam tradiert, und
3. im Augenblick der Eigentumsübertragung keine objektiv erkennbare Willensäußerung des Vertreters dahingehend vorliegt, daß er entgegen der bestehenden Vermutung das Eigentum an der Sache für s i c h erwerben will.

Dieses Ergebnis wird den Interessen aller Beteiligten am besten gerecht. Es hat außerdem den Vorzug der Einfachheit gegenüber dem völlig zwecklosen und gekünstelten Weg, den man beschreiten muß bei Ablehnung unmittelbarer Fremdwirkung unter Anwendung des § 164 Abs. 2. Läßt man nämlich den Vertreter zunächst das Eigentum an der übergebenen Sache erwerben[65]), so ist man zu folgender Konstruktion gezwungen: Da das Interesse des Vertretenen an einem schnellen Eigentumserwerb zweifellos ist, nimmt man entweder ein vorweggenommenes Besitzkonstitut an, das zur Folge hat, daß im Augenblick der Besitzergreifung durch den Vertreter erst dieser und dann unmittelbar weiter der Vertretene das Eigentum erwirbt, oder man läßt den Vetreter das Eigentum durch ein vermittels Selbstabschluß (§ 181 BGB) vollzogenes Besitzkonstitut weiterübertragen[66]). Um diesen Weg zu vereinfachen, ist man sogar so weit gegangen, mangels besonderer Abreden ein stillschweigendes, vorweggenommenes Besitzkonstitut zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter anzunehmen[67]). Wir lehnen diese Konstruktion ab. Wenn Manigk, der die Behandlung der Frage aus der Interessenlage heraus bekämpft[68]), geltend macht, daß sich ohne „besondere Methode der Interessenwägung" den Bedürfnissen der Parteien durch die juristische Konstruktion des vorweggenommenen Besitzkonstituts entsprechen läßt, so muß demgegenüber betont werden, daß ja gerade diese Konstruktion — und dies gibt Manigk auch ausdrücklich zu[69]) — den Wünschen der Parteien insofern nicht gerecht wird, als eine unmittelbare Fremdwirkung in der Person des Vertretenen nicht eintritt. Der Ver-

---

[65]) So z. B. in RG 45, 69.

[66]) Vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 1 S. 468; Hay a. a. O. S. 65; Mattstedt a. a. O. S. 82; Engel a. a. O. S. 27; Wagner a. a. O. S 25 ff. Dagegen: Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht S. 173; Locher a. a. O. S. 1354 f.

[67]) Vgl. RG bei Gruchot Bd. 47 S. 987 ff.

[68]) Interessenjurisprudenz S. 310 ff. Ebenso auch Neubecker, Beiträge zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 36 S. 31 ff.

[69]) A. a. O. S. 312.

tretene erwirbt nicht von dem Dritten, sondern durch einen zweiten Uebertragungsakt von dem Vertreter. Wenn man sich ferner vor Augen hält, daß die rechtlichen Vorgänge, die man auf diese Weise den Parteien unterschiebt, keineswegs mehr den wahren, einfachen sachlichen Vorgängen entsprechen, so muß man auf jeden Fall zur Ablehnung einer derartig gekünstelten Konstruktion kommen, es sei denn, daß besondere rechtspolitische Gründe für ihre Anwendung sprechen. Dies ist jedoch in keiner Weise der Fall, erreicht man doch nicht mehr, als auf dem hier gezeigten Wege: die Wahrung des Interesses des Vertretenen. Ein Unterschied besteht lediglich darin, daß bei der hier vorgeschlagenen Fremdwirkung der Vertretene unmittelbar von dem Dritten erwirbt, während bei Anwendung des Besitzkonstituts erst der Vertreter und dann unter augenblicklicher Weitergabe der Vertretene erwirbt. Der wirtschaftliche Erfolg ist in beiden Fällen derselbe. Man erreicht gleichermaßen, daß bei der Weggabe der Sache durch den Dritten der Wertzugang an der Stelle des Aufwands eintritt. Es liegt unter diesen Umständen auf der Hand, bei gleichem Ergebnis den in der rechtlichen Konstruktion einfacheren und der wahren Sachlage entsprechenden Weg zu wählen.

## § 13.

## Kein allgemeines Surrogationsprinzip im BGB.

Bei einer Reihe von Schriftstellern und in der Rechtsprechung findet sich bei der Abhandlung der Frage, ob bei verdeckter Stellvertretung unmittelbare Fremdwirkung eintreten solle, eine Bezugnahme auf die Vorschriften im BGB, die zugunsten eines Sondervermögens dingliche Surrogation anordnen. Diese Vorschriften werden herangezogen, um im Wege der Rechtsanalogie den Fremderwerb bei verdeckter Stellvertretung zu rechtfertigen. So wendet die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 100 S. 190[70]) den Gedanken des § 1381 BGB auf den dort entschiedenen Fall an, in dem der Bräutigam mit Mitteln der Braut für diese als nicht erkennbarer Vertreter von einer Möbelfabrik Möbel einkauft, die unmittelbar in das Eigentum der Braut fallen. Bruns[71]) nennt als die beiden wichtigsten Gruppen, die nach seiner Meinung die Unanwendbarkeit des § 164 Abs. 2 BGB beim dinglichen Erwerb beweisen, unmittelbar nebeneinander die Vertretergeschäfte des Handelsverkehrs und die Surrogationsbestimmungen der §§ 1381, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2, 1646 BGB.

Es erhebt sich die Frage, ob sich die hier behandelten Fälle der Fremdwirkung bei nach außen nicht erkennbarer Vertretungsmacht zusammen mit den genannten Surrogationsvorschriften auf ein einheitliches Surrogationsprinzip zurückführen lassen etwa des Inhalts,

---

[70]) Vgl. die Besprechung S. 63 ff. dieser Arbeit.

[71]) A. a. O. S. 6 f.

daß der Erwerb stets an denjenigen fällt, in dessen Interesse und mit dessen Mitteln er bewirkt wurde. Zur Beantwortung bedarf es eines näheren Eingehens auf den Begriff der Surrogation.

Im gemeinen Recht unterschied man zwischen den universitates iuris (Rechtsgesamtheiten) und den universitates facti (Sachgesamtheiten). Für die ersteren galt der Surrogationsgrundsatz: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii[72]). Zunächst war man der Ansicht, daß dieser Grundsatz ohne Ausnahme für alle Rechtsgesamtheiten galt. Später wurde jedoch nachgewiesen, daß der Satz erst von den Postglossatoren aufgestellt worden war und in der angenommenen Allgemeinheit nicht angewendet werden konnte[73]).

Inhaltlich besagt der Satz, daß der Preis stets an die Stelle des entäußerten Sachwertes zu treten habe, beziehentlich der Wert an die Stelle des Aufwands rücken müsse. Aus Gründen der Werterhaltung am Orte des Entgelts soll an dieser Stelle als unmittelbarer Ersatz der dingliche Erwerb eintreten.

Das BGB kennt keinen allgemeinen Satz, der die dingliche Surrogation grundsätzlich anordnet. Es hat kasuistisch in einer Anzahl von Fällen, und recht verschiedenartig, vorgeschrieben, daß unabhängig vom Willen der Beteiligten und ohne Rücksicht auf die Person des Handelnden der dingliche Erwerb an der Stelle des Aufwands eintritt. Dies sind die Fälle, in denen ein Vertreter für eine selbständige Gruppe von Rechten innerhalb des Vermögens eines Anderen Erwerbsgeschäfte vornimmt. Diesen Vermögensteil nennt man Sondergut oder Sondervermögen und trennt ihn deshalb von dem Gesamtvermögen, weil er infolge seiner Entstehung und seiner wirtschaftlichen Zweckbestimmung eine besondere Einheit darstellt und eigener „wirtschaftlicher Entwicklung fähig ist"[74]). Sondervermögen sind z. B. das eingebrachte Gut der Ehefrau, das Kindesvermögen, die Vorerbschaft, die Erbschaft u. a. Ihr Kennzeichen ist das Zurücktreten der Person — wenn auch diese Rechtssubjekt bleibt[75]) — und die stärkere Betonung des vom Subjekt gelösten objektiven Zwecks. Diesem entspricht es, wenn das Sondervermögen regelmäßig der Verwaltung des Rechtssubjekts, dem es eigen ist, entzogen wird, um einem Anderen, der dem Gesetzgeber objektiv geeigneter zur Wahrnehmung der Sondergutszwecke erscheint, zur Verwaltung zugewiesen zu werden. Diese Einbeziehung in den Rechtskreis eines fremden Rechtssubjekts bringt notwendig Gefahren mit sich. Diese sind am stärksten in den Fällen, in denen zur Betätigung von Erwerbsgeschäften für das Sondergut diesem Werte entnommen werden: wird hier nicht der aus dem Rechtsgeschäft erlangte Wert sofort wieder an die Stelle

[72]) Spindler a. a. O. S. 5 f.
[73]) Hasse im Arch.Ziv.Prax. Bd. 5 Nr. 1 und Mühlenbruch in Arch.Ziv. Prax. Bd. 17 Nr. 2; beide zit. bei Spindler a. a. O. S. 5.
[74]) v. Tuhr a. a. O. Bd. 1 S. 330.
[75]) Betz a. a. O. S. 6.

des entnommenen Wertes gesetzt, sondern erst bei dem Vertreter des Sonderguts festgelegt, so bleibt dem Sondergut zunächst nichts als die Forderung gegen den Vertreter. So spricht z. B. F. Leonhard[76]) richtig von der Gefahr, daß sich das Vermögen der Ehefrau durch die Erwerbshandlungen des das eingebrachte Gut verwaltenden Ehemanns allmählich in lauter Forderungen gegen diesen verwandelt.

Dieser Gefahr nun begegnet das Gesetz in allen den Fällen, in denen aus rechtspolitischen Gründen die wirtschaftliche Eigenexistenz des Sonderguts besonders gewährleistet werden muß, durch die Anordnung der unmittelbaren dinglichen Fremdwirkung bei Erwerbsgeschäften, die der Vertreter für das Sondergut vornimmt[77]).

Eine Verallgemeinerung dieser Fälle derart, daß überall, wo sich innerhalb eines Gesamtvermögens ein gesondertes Vermögen mit eigener wirtschaftlicher Zweckbestimmung bildet, das fremder Verwaltung unterliegt, ein allgemeines Prinzip der Surrogation durchgreift, ist nicht angängig. Angesichts der Tatsache, daß der Gesetzgeber es vermieden hat, einen einfachen, allgemeinen Grundsatz auszusprechen und unter sorgfältiger Auswahl eine streng kasuistische Regelung getroffen hat, wäre es widersinnig, ein allgemeingültiges Surrogationsprinzip aufzustellen.

Auch das Ergebnis des Zweiten Teils dieser Arbeit, daß Fremdwirkung trotz fehlender Erkennbarkeit zustehender Vertretungsmacht in den Fällen der Eigentumsübertragung in incertam personam eintritt, spricht nicht zugunsten der Annahme eines allgemeinen Surrogationsprinzips. Es besteht ein tiefgreifender Wesensunterschied zwischen den rechtspolitischen Gründen des dinglichen Ersatzeintritts bei der Surrogation und der Fremdwirkung bei der Eigentumsübertragung in incertam personam. Die Surrogation bezweckt Erhaltung des Sonderguts in seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit aus besonderen Gründen, die den Gesetzgeber zum T ä t i g w e r d e n veranlassen. Das Gesetz o r d n e t die Fremdwirkung a n. Es setzt sich dabei über den Willen der Beteiligten vollständig hinweg. Es handelt sich demnach um ein ausgesprochenes Sonderrecht, das von den Rechtssätzen über die Stellvertretung klar getrennt werden muß.

Anders bei der Fremdwirkung in den Fällen der Eigentumsübertragung in incertam personam. Hier ordnet der Gesetzgeber nicht an, sondern g e w ä h r t. Die Bestimmungen über den Eigentumsübergang in Verbindung mit den Vorschriften über die Stellvertretung sind so gefaßt, daß Fremdwirkung ermöglicht wird. Es herrscht der Wille d e r interessierten Beteiligten, nicht der in der Rechtsordnung seinen Ausdruck findende Wille der Gesamtheit der Rechtsgenossen. Zweck der Fremdwirkung ist nicht die Erhaltung eines vom Gesamtvermögen getrennten Sonderguts, sondern die Wahrung des G e s a m t ver-

[76]) A. a. O. S. 48. Vgl. auch W. Windscheid a. a. O. S. 72.
[77]) Vgl. §§ 1370, 1381, 1382, 1646, 2019, 2111 BGB.

mögensinteresses des Erwerbenden[78]). Dies ist darauf gerichtet, trotz Verwendung von Geschäftsmittlern sowohl Schnelligkeit des Eigenerwerbs als auch Sicherheit durch Vermeidung der mit einem Eigentumserwerb des Vertreters auch bei schnellster Weiterübertragung immer gegebenen Verlustmöglichkeit zu erreichen.

---

[78]) Es sei an dieser Stelle nochmals hervorgehoben, daß in den hier behandelten Fällen der traditio in incertam personam das Interesse des Erwerbenden deshalb allein entscheiden kann, weil ihm im Regelfall kein anderes entgegensteht: Der Tradent hat überhaupt kein Interesse an der Person des neuen Eigentümers und das Interesse des Vertreters deckt sich regelmäßig entsprechend der bestehenden Innenbeziehung mit dem Erwerbsinteresse des Vertretenen. (Ist letzteres im Einzelfall einmal nicht zutreffend, so hat der Vertreter durch objektiv erkennbare Willensäußerung die Möglichkeit, entgegen der bestehenden Vermutung nicht für den Vertretenen, sondern für sich zu erwerben. Vgl. S. 68 dieser Arbeit.) Manigk (Anwendungsgebiet S. 368 f.) will beim dinglichen Erwerb die Fremdwirkung nur in strenger Befolgung des Vertretungs- und insbesondere des Offenheitsprinzips eintreten lassen. Dem ist zweifellos für die Fälle der verdeckten Stellvertretung, in denen der Tradent ein Interesse an der Person des Erwerbers hat, zuzustimmen. Liegt jedoch eine traditio in incertam personam vor, so entfällt das Interesse des Veräußerers und es besteht kein Grund für die Anwendung des Eigenwirkung erheischenden § 164 Abs. 2 BGB, der, wie Manigk selbst (a. a. O. S. 392) sagt, „lediglich im Interesse der Geschäftsgegner des Vertreters gegeben" ist.

# Schluß.

## § 14.

### Ist eine Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Fremdwirkung bei rechtsgeschäftlichem Handeln für Andere notwendig?

Angesichts der Frage, ob § 164 Abs. 2 BGB für das dingliche Uebereignungsgeschäft ebenso gelten solle, wie für das obligatorische Grundgeschäft, oder ob diese Vorschrift für die Fälle der Eigentumsübertragung in incertam personam keine Anwendung zu finden habe, ist von Weilinger[1]) der Vorschlag gemacht worden, dem § 164 einen Zusatz zu geben, der die Streitfrage bereinigt. Inhaltlich denkt sich der genannte Schriftsteller diese ergänzende Vorschrift derart, daß diese die Nichtanwendung des § 164 Abs. 2 BGB für das Gebiet des Sachenrechts anordnet.

Hiergegen wendet sich mit Recht Hempel[2]), indem er ausführt, eine Zusatzbestimmung der von Weilinger vorgeschlagenen Art hieße „das Kind mit dem Bade ausschütten". In der Tat würde es mit der richtigen Auffassung von der Grenze der Bedeutung des geschriebenen Gesetzes für das Gesamtrecht in Widerspruch stehen, wollte man immer dann, wenn eine Anordnung des Gesetzgebers im konkreten Fall nicht durch unmittelbare Anwendung zur Lösung der gestellten Rechtsfrage führt, einer entsprechenden Aenderung des Gesetzes das Wort reden, die den Zweifelsfall in die allgemeine Regelung miteinbezieht. Nur dann wäre ein solcher Eingriff des Gesetzgebers berechtigt und notwendig, wenn das Recht nicht unabhängig von der Tätigkeit des Gesetzgebers der Entwicklung fähig wäre. Dies ist es aber durchaus. Das positive Recht ist kein lückenloses, logisches Ganzes, das ohne den Eingriff des Gesetzgebers starr und unbeweglich ist[3]). In zahlreichen Fällen vielmehr ist das gesetzte Recht nur der Ausgangspunkt und Wegweiser im Entwicklungsfluß des Gesamtrechts. Ihre notwendige Ergänzung findet die gegebene Vorschrift in der teleologischen Weiterbildung und Rechtsfindung. Zur Erkenntnis des Zwecks führt eine gerechte Abwägung und Prüfung der Interessenlage. Damit folgen wir Ihering, dem Begründer der Interessenjurisprudenz, Rümelin, Jung und anderen Schriftstellern[4]), die Gesetzesergänzung durch Interessenprüfung fordern.

[1]) A. a. O. S. 50.
[2]) A. a. O. S. 44.
[3]) Jung, Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts, S. 154.
[4]) Vgl. deren Zusammenstellung bei Heck a. a. O. S. 309.

Zweckgerichtete Ergänzung des geschriebenen Rechts führte auch in der vorliegenden Untersuchung zur Bejahung der Fremdwirkung in bestimmten Fällen von Mittlergeschäften, in denen nicht beide der im § 164 BGB geforderten Voraussetzungen zusammen vorliegen. Den Veranlasser des Rechtsscheins bei der Scheinvollmacht und den Vertretenen bei der traditio in incertam personam trifft die Fremdwirkung auf Grund teleologischer Weiterbildung der gegebenen Vorschriften in der Gedankenrichtung des geschriebenen Gesetzes. Es ist unnötig, diese Weiterbildung durch Zusatzbestimmungen festzulegen.

# Lebenslauf.

Am 18. Januar 1907 wurde ich in Erfurt als Sohn des Kaufmanns Heinrich Spakler und seiner Ehefrau Helene, geb. Hampe, geboren. Im gleichen Jahre siedelten meine Eltern nach Berlin-Lichterfelde über. Dort besuchte ich von 1913 bis 1916 die Oberrealschule und von 1916 bis zu der im Februar 1925 bestandenen Reifeprüfung das Realgymnasium.

Bevor ich mich vom Sommersemester 1927 an dem Studium widmete, war ich zwei Jahre lang ausschließlich kaufmännisch tätig. Sodann studierte ich an den Universitäten Berlin, München, Leipzig und Marburg Rechtswissenschaft. Vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel bestand ich am 10. Juni 1931 die erste juristische Staatsprüfung. Am 16. Januar 1932 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab. Zur Zeit bin ich am Amtsgericht Gransee i. Mark im ersten Ausbildungsabschnitt tätig.

Gransee i. Mark, Ostern 1932.

Wolfgang Spakler.